



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Hannah Horndahl-Vilör

Den digitala erans konsttjuvar?

*En upphovsrättslig undersökning av vad som utgör intrång i
upphovsmannens ensamrätt, i ljuset av NFT:ernas framfart*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Wennersten
Termin för examen: Period 1 VT 2022

Innehållsförteckning

SUMMARY	3
SAMMANFATTNING	4
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	10
1.5 Forskningsläge	11
1.6 Disposition	12
2 EN INLEDNING TILL NFT	13
2.1 NFT - grundläggande egenskaper och funktion	13
2.2 Vad är NFT?	14
2.3 Hur köps och används NFT?	15
2.4 Varför NFT?	17
3 DEN UPPHOVSRÄTTSLIGA ENSAMRÄTTEN	19
3.1 Upphovsrättens syfte	19
3.2 Ensamrätten – en introduktion	20
3.3 Ekonomiska rätten	23
3.3.1 Exemplarframställningsrätt	23
3.3.2 Överföring till allmänheten	25
3.3.3 Offentligt framförande	27
3.3.4 Offentlig visning	28
3.3.5 Spridningsrätten	29
3.4 Ideella rätten	32
3.4.1 Namngivelsesrätten	32

3.4.2 Respekträtten	34
4 UPPHOVSRÄTT OCH NFT	37
4.1 NFT och ensamrätten – allmänt	37
4.2 NFT och exemplarframställningsrätten	38
4.3 NFT och överföring till allmänheten	40
4.4 NFT och offentligt framförande	41
4.5 NFT och offentlig visning	42
4.6 NFT, spridningsrätt och konsumtion	43
4.7 NFT och ideell rätt	44
4.8 Överlåtelse av NFT och följerätt	47
5 AVSLUTANDE ANALYS OCH SLUTSATS	50
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	57
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	62

Summary

Non fungible tokens (NFTs) are a growing technological phenomenon that possibly could be the future market for art, music, photographs and other works of art in all shapes and forms – selling for values equivalent to the price tags of physical art. The market is geographically flexible, with a world spread clientele and infinite possibilities. Although many positives, some negatives arise whilst trying to understand the legal complexity of NFTs. What happens to the copyright belonging to the creator when a digital copy of artwork is sold online, either legally or illegally? What rights accrue to the buyer now in possession of the NFT?

By initially researching what NFTs are and their function, the thesis intends to give a further understanding as to which rights the owner of an NFT acquires with the purchase. In addition, the thesis focuses on presenting what possible infringements may arise when a piece of art is made into an NFT and later on sold without the consent of the originator. In the absence of legislative history and precedents in the field, the dissertation is based on classical Swedish copyright law as well as doctrine or other sources that have discussed the phenomenon.

This thesis argues that all copyright to an NFT initially belongs to the originator, as with all art covered by the Swedish copyright law. The arguments for this are based on traditional copyright laws, since they are not only applicable to physical, more traditional, works of art – but also digital art. Due to the fact that the dissertation has shown that NFTs should fall within the framework of Swedish copyright law, it also means an illegal use of the protected work constitutes an infringement of the originator's exclusive right.

In summary, the study concludes that the phenomenon can no longer be considered foreign, but this does not mean that it is easily handled. Although the NFT market has not yet encountered any known copyright barriers in the form of lawsuits or disputes, this does not in itself imply that the phenomenon is unproblematic. The simplicity in creating and selling NFTs results in originators risking losing both their financial and moral exclusive rights that the protection in the Swedish copyright law entails. It should be in the interest of all participants on the NFT market to shed light on which rights come with the ownership of digital art in conjunction with transactions – and which do not.

Sammanfattning

Non-fungible tokens (NFT:s) är ett växande tekniskt fenomen som troligen kan bli den framtida marknaden för konst, musik, fotografier och andra konstverk av alla dess former – som dessutom säljer för summor motsvarande prislapparna för fysisk konst. Marknaden är geografiskt flexibel, med en världsspridd klientel och oändliga möjligheter. Även om det finns många positiva aspekter finns det vissa negativa som uppstår i takt med att man försöker förstå den juridiska komplexiteten hos NFT:er. Vad händer med upphovsrätten som tillhör skaparen när en digital kopia av konstverk säljs online, lagligt eller olagligt? Vilka rättigheter tillfaller köparen som nu innehar NFT:n?

Genom att initialt undersöka vad NFT:er är och hur de fungerar, avser denna avhandling att ge en ytterligare förståelse för vilka rättigheter ägaren till en NFT förvärvar vid köpet. Därutöver fokuserar avhandlingen på att presentera vilka eventuella intrång som kan uppstå när ett konstverk görs till en NFT och senare säljs utan upphovsmannens medgivande. I brist på förarbeten och praxis på området bygger avhandlingen på klassisk svensk upphovsrättslagstiftning samt doktrin eller andra källor som diskuterat fenomenet.

Denna avhandling hävdar att all upphovsrätt till en NFT initialt tillhör upphovsmannen, precis som för all konst som omfattas av den svenska upphovsrättslagen. Argumenten för detta bygger på den traditionella upphovsrättslagen, eftersom den inte bara är tillämplig på fysiska, mer traditionella, konstverk – utan även digital konst. Med anledning av att uppsatsen visat att NFT:er ska falla inom ramarna för den svenska upphovsrätten, innebär det att ett olovligt brukande av det skyddade verket utgör intrång i upphovsmannens ensamrätt.

Sammanfattningsvis drar uppsatsen slutsatsen att, för ett svenskt vidkommande, kan fenomenet inte längre anses vara främmande, det innebär dock inte att det är enkelt att hantera. Även om NFT-marknaden ännu inte stött på några kända upphovsrättsliga hinder i form av stämningar eller tvister, innebär inte det i sig att fenomenet är oproblemiskt. Simpliciteten i att dels skapa, dels sälja NFT:er resulterar i att upphovsmän riskerar att gå miste om de ekonomiska samt ideella ensamrätterna som skyddet i upphovsrättslagen innebär. Det bör ligga i samtliga aktörers på NFT-marknadens intresse att få klarhet i vilka rättigheter som följer med det digitala konstverket i förbindelse med transaktioner – och vilka som inte gör det.

Förord

Det är bitterljuvt att nu, 4,5 år senare, lämna in vad som kan sammanfattas som det slutgiltiga resultatet av min tid som juriststudent. Det som började som ett internt skämt inom familjen, att den argumenterande tonåringen Hannah skulle använda sina argument till nytta och bli advokat, har nu blivit början på ett förverkligande av just det. Ännu är jag inte i mål, men jag är en bra bit på vägen. Jag vet att 18 år gamla Hannah, som på studenten blev utnämnd till “klassens miss lawyer”, är otroligt stolt och ödmjuk inför vad framtiden har att bjuda på.

Till min handledare Ulrika Wennersten: tack för ditt stöd och för att du besvarat mina frågor, för dem har varit många.

Max, du kastades rakt in i den här cirkusen och tog dig direkt an rollen som min stora supporter. Tack för alla dagar du har hjälpt mig max(a) fram tills nu, finns ingen jag hellre hade velat dela mina matlådemeddagar med än med dig.

Tack My, min stöttepelare på utbildningen, för att du banade och lös upp vägen hit. Du hade rätt; det var värt det!

Till mina systrar, Wilma och Josefina, tack för alla pluggpauser genom åren innefattande såväl skratt som gråt och ibland både och. Dessa har, tillsammans med er pepp och kärlek, varit ovärderliga – precis som ni.

Slutligen, tack kära mamma och pappa för ert oändliga stöd genom alla år, den villkorslösa kärleken ni ger såväl mig som Levi och era många (många) motiverande samtal. Tack för att ni uppmuntrade mig till att våga tacka ja till utbildningen den där decemberdagen som känns både som igår och som en evighet sedan. Jag vill säga att det var en evighet sedan.

Och så är tiden kommen. Tid att, likt Andrea Bocelli sjunger, ta farväl. Så till Juridicum, Lund och alla fantastiska människor som ryms här – farväl.

Malmö, 24 maj 2022

Hannah Horndahl-Vilör

Förkortningar

EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska unionen
EUD	Europeiska unionens domstol
HD	Högsta domstolen
NFT	Non Fungible Token
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Regeringens proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TF	1810 års tryckfrihetsförordning
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

1 Inledning

1.1 Bakgrund

“Dumma bilder på apor är nu värda mer än Zorn”, löd titeln på en kulturkrönika av Anna Hellgren som Expressen publicerade den 31 januari 2022.¹ Författarens påstående har sin grund i fenomenet som skapat en digital marknad för försäljning av digitaliserade verk, ofta konstverk, som omsätter summor ibland större än de för traditionella fysiska konstverk. Hellgren liknar intresset för digitala ägarbevis som avser bilder på konstverk vid en “vuxenversion av hyperexklusiva samlarkort”², eller som det beskrivits i Forbes: en “digital skryt-rätt”.³ NFT’s som fenomen är knappast något nytt utan har funnits sedan 2014, dock har det fått ett uppsving de senaste åren.⁴ År 2021 auktionerades för första gången en NFT knuten till ett konstverk, First 5000 days av Mike Winkelman, ut. Prislappen? Ca 643 miljoner kronor. Förutom att auktionshusets försäljning av ett digitalt verk i sig var revolutionerande, var det dessutom banbrytande att betalningen genomfördes i kryptovaluta.⁵

NFT har inte heller undgått kändiseliten och på flera stora namns Twittersidor och Instagramkonton går det att se glimtar, om inte hela bilder, av NFT-verk som sagda kändisar antingen köpt genom NFT-marknaden eller skapat själva.⁶ Fenomenet lämnar även spår hos aktiesparare som på Instagram agerar som en form av rådgivare och som ger sina stora antal följare tips och tricks för hur de ska tjäna sig en hacka på aktiemarknaden; nu även genom NFT-marknaden.⁷ Innehavare av NFT stoltserar nöjt i sina sociala kanaler med sina senaste köp, visar upp bilder av verken och dylikt. Dock kan jag inte undgå att fråga mig hur upphovsrätten förhåller sig till detta: innehavare som obehörigen sprider digitala exemplar av verk på öppna plattformar för allmänheten att betrakta. För visst finns det en eventuell intrångsfråga att undersöka vidare här? Vilket är precis vad jag ämnar att göra enligt följande.

¹ Hellgren, Expressen.

² Hellgren, Expressen.

³ Conti & Schmidt, Forbes Advisor.

⁴ Chinlund & Gordon, Reuters.

⁵ Renman Claesson, Konstnärernas riksorganisation.

⁶ Se exempelvis Kanye West, Paris Hilton, Snoop Dogg, Eminem m.fl.

⁷ Se exempelvis Ekonomigurun, Oscarfagler och Pengabingen.

Upphovsrättens primära syfte är att skydda upphovsmannens intressen; såväl ekonomiska som ideella.⁸ Hur ska då upphovsrätten förhålla sig till den digitala erans framfart som på nya sätt riskerar utgöra intrång i upphovsmäns rättigheter? Och hur ska en köpare förhålla sig till vad denne får och/eller inte får göra med det NFT-kopplade verket som hen köpt – ibland i utbyte mot en tacka av ett omfattande värde? Vad är det för rättigheter som egentligen tillkommer (eller inte tillkommer) den som förvärvar ett digitalt verk? Frågorna är många och trots att bristen på tydliga svar för tillfället inte orsakat vidare huvudbry, med hänsyn till att få om ens några tvister hittills uppstått i frågan, finns det ett behov för tydligare svar. De svar som idag går att finna är baserade på upphovsrättslagen (1960:729) (URL) och den praxis som såväl svenska som europeiska domstolar har att erbjuda.

Med hänsyn till att den praxis som idag går att tillgå ännu inte har berört NFT-fenomenet lämnas många frågetecken antingen obesvarade eller besvarade i den utsträckning som upphovsrättslagen och tillhörande praxis kan tillgodose. Huruvida dessa svar är tillräckliga är svårt att säga idag, då det likt nämnt hittills inte har blivit aktuellt att undersöka upphovsrätsfrågan i förhållande till NFT-marknaden mer djupgående. Givet den utvecklingen som digitala verk har gjort och den utsträckning som marknaden har fått, ger det intrycket av att NFT:erna är här för att stanna. Med anledning av detta finner jag att det finns goda skäl att vidare undersöka hur upphovsrätten förhåller sig till NFT:er – dels marknaden, dels aktörerna som verkar på den.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet är att undersöka huruvida användning av ett skyddat verk i en NFT utgör intrång och vilka rättigheter en ägare av en NFT erhåller. Om så är möjligt blir det vidare nödvändigt att undersöka vem rätten till verket tillfaller; vem som är upphovsmannen. I URL finns en tydlig beskrivning av vem som är upphovsmannen till ett verk och det kan vid en första anblick således verka självklart, men så är inte fallet när överföringar av verken sker på ett okonventionellt sätt som ännu inte omfattats av lagen. Det är av största vikt att ett verk som ska anses uppnå upphovsrättsligt skydd också har en ägare till rättigheten, dels i syfte att uppnå lagstiftarens motiv med att ha en upphovsman, dels i syfte att säkerställa att verket inte kan nyttjas av annan än dess rättmätige rättighetsinnehavare utan dess tillåtelse.

⁸ Jfr. Olsson, s. 26.

För att uppnå syftet med uppsatsen kommer följande frågeställningar ämnas att besvaras:

- Vad är en NFT och hur fungerar den?
- Vilken rättighet till verket får ägaren av NFT?
- Blir användning av ett skyddat verk i en NFT ett intrång?

1.3 Avgränsningar

Eftersom syftet med denna uppsats är att undersöka förhållandet mellan NFT och upphovsrätten blir det nödvändigt att titta på de mest relevanta delarna av upphovsrätten som kan komma att aktualiseras i samband med handeln av NFT. Upphovsrätten skyddar intellektuella skapelser av många slag och utsträckning, således finns det obegränsat med material att tillgå. För syftets uppfyllande blir det dock inte nödvändigt att titta på hela upphovsrätten och ta ställning till delar av den som för syftets uppfyllande inte är väsentligt. Det blir snarare mer relevant att titta på upphovsrätten ur ett par NFT-nischade glasögon och reflektera över dess samband.

Som kommer att diskuteras mer djupgående senare i uppsatsen finns det en rad rättigheter som riskerar att inskränkas med anledning av NFT-handeln. Uppsatsen har inte för avsikt att redogöra för samtliga delar av upphovsrätten som riskerar bli inskränkt i samband med skapandet och handeln med NFT, en sådan redogörelse skulle kunna göras oändlig. Istället är syftet att ge läsaren en inblick i möjliga risker som kan uppstå i samband med den digitala konstmarknadens framfart.

Det finns därmed anledning att motivera de avgränsningar som gjorts i kapitel 3 avseende den upphovsrättsliga ensamrätten. Ensamrätten är väsentlig att diskutera för att uppfylla syftet med uppsatsen och besvara de ställda frågeställningarna. Däremot är ensamrättens många dimensioner inte nödvändiga att presentera. Kapitlet beskriver därmed endast de delar av ensamrätten som riskerar påverkas av NFT-marknaden på olika sätt. Fenomenet NFT är fortfarande relativt nytt och hittills har få (om ens några) tvister uppstått vad rör intrång i någons ensamrätt på grund av NFT.

I kapitel 4 görs en analys av *om* det skulle anses utgöra ett intrång i ensamrätten att skapa ("minta") och sälja av ett NFT-knutet verk. I denna del presenteras inte uttömmande alla potentiella intrång som kan begås i samband med NFT, det ska blott ses som en hypotetisk redogörelse för några av de problem jag i mitt utredningsarbete identifierat. Det är för syftets uppfyllande inte nödvändigt att redogöra för möjliga sanktioner vid

intrång i upphovsmannens ensamrätt, istället fokuserar avsnittet på att i viss mån jämföra praxis med den nutida digitaliseringen.

1.4 Metod och material

Den bäst lämpade metoden för att utreda gällande rätt är den rättsdogmatiska; varför denna tillämpats genomgående. För att söka svar enligt den rättsdogmatiska metoden studeras material som utgör gällande rätt och sedan analyseras rättskällelärans olika element. Det slutliga resultatet blir en reflektion av hur rättsregeln ska uppfattas i ett visst sammanhang⁹ och fungerar som en rekonstruktion av rättssystemet.¹⁰

Huruvida den rättsdogmatiska metoden är tillräcklig för att göra en sådan analys råder det skilda meningar. Kleineman har hänvisat till den äldre generationen av rättsdogmatiker som hade en sträng syn på att använda analys av gällande rätt som en del av den rättsdogmatiska metoden. Han menar dock att det är en viktig del av rättsdogmatiken att kritisera och analysera det som presenterats som gällande rätt, samt att det snarare ställer ett högt krav på transparens och öppenhet då analysen görs. I syfte att förändra rättsläget blir det en del i processen för författaren att presentera tungt ändamålsinriktade argument. Att gå utöver att fastställa de lege lata inom ramarna för rättsdogmatiken menar dock Claes Sandgren snarare är en rättspolitisk argumentation.¹¹ Det råder med andra ord skilda meningar huruvida rättsdogmatiken ska omfatta analyser av gällande rätt, eller inte.

För att uppfylla uppsatsens syfte och analysera svaren på de i uppsatsen ställda frågeställningarna kommer den rättsdogmatiska metoden att kompletteras av den rättsanalytiska. Den rättsanalytiska metoden har i uppgift att presentera de för- och nackdelar en lösning eller regel har, snarare än att fastställa vilken regel som ska anses vara den rätta.¹² Således riktar sig den analytiska metoden mer åt att göra en friare bedömning, snarare än den mer begränsade återgivelsen av de lege lata i rättsdogmatiken.¹³

Materialiet som använts i uppsatsen följer i stora drag av det traditionella materialvalet för den rättsdogmatiska metoden.¹⁴ Syftet med materialanvändningen är att komma fram till

⁹ Se Kleineman, s. 26.

¹⁰ Se Jareborg, s. 4.

¹¹ Se Sandgren (2018), s. 52-53.

¹² Sandgren (2016), s. 726.

¹³ Sandgren (2018), s. 51.

¹⁴ Kleineman, s. 21 ff.

en slutsats som, i den utsträckning det är möjligt, speglar gällande rätt. Detta görs med hjälp av materialet genom att rekonstruera rättssystemet med analys av de olika elementen i rättskällevärdet.¹⁵ För att utröna gällande rätt presenteras lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin¹⁶ – såväl svensk som europeisk. Den praxis som används är noga utvald för att på bästa sätt spegla upphovsrätten i praktiken och på så vis underlätta för läsaren att förstå hur tillämpningen av URL:s bestämmelser sker i praktiken.

Vad avser de delar av uppsatsen som berör specifikt NFT finns det ingen lagstiftning, förarbeten eller praxis att tillgå. Istället kommer jag att presentera doktrin som omnämnt fenomenet samt andra källor som på ett eller annat sätt behandlar NFT. Majoriteten av de källor som använts för att söka information om NFT:er är digitala tidningsartiklar och faller inte inom ramarna för juridisk doktrin, utan är istället till stor del skrivna av personer som är verksamma på eller intresserade av området. Således ställs ett visst krav på objektivitet för såväl mig som författare, som för läsaren att ha detta i åtanke; att många källor kan vara influerade av åsikter i kombination med fakta.

1.5 Forskningsläge

Upphovsmannens ensamrätt till sitt verk har diskuterats i stor omfattning, såväl i svensk rätt som internationellt. Upphovsrätten bär på en långtgående historia präglad av rättigheter för upphovsmannen, dock med vissa inskränkingsmöjligheter för gemene man. I samband med samhällets utveckling ställs det krav på lagstiftaren att fortsatt uppdatera lagen i syfte att tillämpningsmöjligheterna är ett med tiden.

NFT är ett relativt nytt fenomen i jämförelse med konventionell konst och därmed är forskning på området begränsad. NFT-marknaden har däremot diskuterats – om än i en något begränsad omfattning – dels nationellt, dels internationellt. Vidare finns det artiklar, uppsatser och dylikt som berör NFT som sådant, samtliga skrivna av personer som antingen är verksamma inom eller intresserade av fenomenet. Endast ett fåtal artiklar behandlar upphovsrätten (eller *copyright*) i förhållande till NFT. På grund av de skillnader som finns i materiell upphovsrätt mellan jurisdiktioner blir det inte möjligt att direkt tillämpa internationell doktrin, utan istället får den verka som riktlinje. Det verkar bara vara upphovsrättens inre cirkel som identifierat problematiken som kan tänkas uppstå och

¹⁵ Se Kleineman, s. 26.

¹⁶ Jfr. Jareborg, s. 8.

som därför spekulerar i de rättsliga frågorna som rör NFT-marknaden.¹⁷ Även om intresset är begränsat, är det oundvikligen viktiga juridiska frågor som aktualiseras i samband med transaktioner av NFT. I de juridiska rättskällorna diskuteras med jämna mellanrum olika nya tekniker i syfte att på ett sätt eller annat modernisera bestämmelserna i lagar likt URL.

Med dagens digitalisering och moderna teknologi är det enklare än någonsin för gemene man att tillgodose sig verk och sedan sprida exemplar av dessa på internet; NFT:er är bara ett av dessa sätt. Jag ämnar att med denna uppsats bidra med viss grundkunskap om upphovsrätten i relation till NFT.

1.6 Disposition

I nästa kapitel introduceras läsaren till fenomenet NFT. Introduktionen kommer att beskriva vad en NFT är, hur skapandeprocessen går till och hur överlåtelser av digitala verk fungerar i praktiken. I kapitel 3 beskrivs den upphovsrättsliga ensamrättens innebörd. Syftet med kapitlet är att tydliggöra för läsaren vilka ensamrätter som lagstiftningen ger upphovsmannen.

Det fjärde kapitlet knyter sedan samman upphovsrätten med NFT:er och identifierar de rättsliga problem som kan tänkas uppstå. Ändamålet med kapitlet är att presentera möjliga inskränkningar som riskerar aktualiseras i samband med NFT-handel. Fokuset för kapitlet blir inte att nödvändigtvis presentera konkreta lösningar för problemen, utan snarare att identifiera och göra läsaren uppmärksam på dessa.

I uppsatsens femte och sista kapitel återfinns en analys som utmynnar i att besvara uppsatsens frågeställningar. Slutligen lämnas det utrymme för mina – författarens – slutliga kommentarer och reflektioner.

¹⁷ CMS Law-Now, 2021-04-22.

2 En inledning till NFT

2.1 NFT - grundläggande egenskaper och funktion

Non-fungible tokens: dess förkortning och mer kända benämning “NFT” fick ett så stort genomslag under år 2021 att den brittiska ordboken Collins utnämnde det till årets ord 2021.¹⁸ Collins beskriver fenomenet som “ett unikt digitalt certifikat, registrerat i en blockkedja, som används för att registrera ägande av en tillgång som ett konstverk eller samlarföremål”.¹⁹ En NFT är en digitaliserad representation av ett materiellt eller immateriellt unikt objekt till vilket ett ägarbevis kan köpas, exempelvis konstverk, samlarobjekt, musik, videor, evenemangsbiljetter eller tweetar.²⁰ Skapandeprocessen för en NFT beskrivs i engelskan som “minting”, det vill säga då ett verk laddas upp på en plattform och uppladdaren stämplar denna med en äkthetsstämpel.²¹

Det är inte ett krav på att en NFT ska vara baserad på ett redan existerande verk, ett verk kan skapas i syfte att placeras på en NFT och på så vis inte ha en fysisk förlaga. Däremot är det vanligt förekommande att offentliggjorda verk omvandlas till en digital kopia som i sin tur placeras på NFT-marknaden, antingen av upphovsmannen själv eller av en annan skapare. Marknaden är öppen för var och en, vilket innebär en möjlighet för allmänheten att gratis begrunda de publicerade verken; samt även ladda ned dem eller skärmdumpa utan att köpa ett värdebevis.²² Ägandet av en NFT innebär således inte ett rättsligt hinder mot gemene man att ta del av, eller ladda ned verket. Det finns dessutom inget sätt för ägaren av NFT:n att förhindra någon från att tillgodose sig av verket på detta sätt, förutom att vara registrerad som dess rättmätige ägare.

NFT:er är uppbyggda av flera unika delar av en offentliggjord digital blockkedja, likt med Bitcoin. En blockkedja är en metod för att på ett säkert sätt distribuera register med information – i en slags transaktionskedja där nya block kopplas till de föregående med unika nummer som garanterar dess äkthet. Kedjan kan i sin tur registrera transaktioner

¹⁸ Collins Dictionary.

¹⁹ Shariatmadari, Collins Dictionary, (min översättning, originalspråk engelska).

²⁰ Jörgensen, *Vad är en NFT*, Rättsakuten.; Conti & Schmidt, Forbes Advisor.

²¹ Lessard, Renno&Co.

²² Jfr. Conti & Schmidt, Forbes Advisor.

vilket gör det möjligt att spåra vem som är ägare till en NFT och vad den tidigare sålts för, på samma sätt som med kryptovalutor.²³

2.2 Vad är NFT?

Såväl fungibla som icke-fungibla tokens är byggda på en blockkedje-teknologi som lätteligen kan förklaras som att när en köpare köper en NFT så köper denne faktiskt en länk till det digitala verket – inte det faktiska verket.²⁴ En token kan vara fungibel, likt Bitcoin, som är en form av kryptovaluta vilken har ett utbytbart värde. Bitcoins kan bytas ut mot andra bitcoins till ett motsvarande värde på samma sätt som en 100-kronorssedel kan bestå av fem 20-kronorssedlar eller två 50-kronorssedlar och ändå vara värt 100 kronor.²⁵ NFT:s är antingen helt unika eller i vissa fall en del av en väldigt begränsad upplaga, och har alla unika identifieringskoder som tillsammans bygger en kedja.²⁶ Dess egenskaper som unika går sedermera att utläsa av namnet, de är outbytbara mot andra föremål och har ingen motsvarighet i valutor; de är “icke-fungibla”.²⁷ Varje NFT är unik och en representation av information²⁸ som inte kan existera om inte som en del av en blockkedja.²⁹

Den kanske vanligaste formen av verk som placeras i NFT är konstverk eller fotografiska bilder, det är troligtvis även denna form av NFT som fått mest uppmärksamhet i media. Detta innebär dock inte att NFT-marknaden är begränsad till att endast omfatta dessa; även videoklipp från basketmatcher, tweets och digitala skivor kan skapas i NFT för att sedan säljas.³⁰ Allt som går att skapa (mint) ett digitalt verk av kan placeras på en blockkedja och i sin tur säljas som NFT, även sådana verk som i den traditionella konstvärlden kanske inte ens hade varit säljbara.³¹

NFT:s plats i konstvärlden kan vid en första anblick verka betydelselös: ett originalverk av en konstnär som endast är en digital återgivning kan väl knappast vara värdefullt? Dock finns det goda skäl till varför digital konst fått ett uppsving de senaste åren. Med

²³ Conti & Schmidt, Forbes Advisor.

²⁴ Dash, The Atlantic.

²⁵ Jfr. Chinlund & Gordon, Reuters.

²⁶ Conti & Schmidt, Forbes advisor.

²⁷ Jörgensen, *Vad är en NFT*, Rättsakuten.

²⁸ Delphi tech blog, 2021-10-07.

²⁹ CMS Law-Now, 2021-04-22.

³⁰ Jfr. Blixt, Breakit.

³¹ Stephen, The Verge.

fysiska verk finns där alltid ett originalverk som på ett eller annat sätt kan urskiljas från replikor, till skillnad från digitala verk där originalet tidigare varit svårigen identifierat. Anledningen till detta är att digitala verk lätteligen kan massproduceras utan att vara annorlunda från originalen. Vad tekniken bakom NFT bidrar med är en metod för att vattenmärka originalverk i samband med att dem publiceras på en plattform för försäljning. En sådan vattenmärkning utesluter inte att replikor görs eller att verket olovligen laddas ner, dock finns det ett sätt att identifiera originalet och vem den rättmätige ägaren är.³² Vattenmärkningen innebär inte heller att det nödvändigtvis är upphovsmannen själv som skapat NFT:n och sedan stämplat den; skaparen av NFT:n (vem hen nu må vara) har möjlighet att vattenmärka verket i den utsträckning hen önskar.³³

2.3 Hur köps och används NFT?

Skaparen av ett digitalt verk, den som har mintat NFT:n, kan vara upphovsmannen själv – detta är dock inget krav. Det är snarare vanligt förekommande att konst som säljs på kryptomarknaden tillverkats av någon annan än upphovsmannen själv. Vidare finns det inget krav på att en kontroll ska utföras huruvida säljaren är upphovsmannen eller inte. Istället kan det antingen vara en säljare som innehar en NFT-licens som i sin tur rätteligen säljer ett verk knutet till NFT; eller så är det en säljare som säljer konst knuten till NFT olovligen.³⁴

Innan “mintingen” kan börja är det en förutsättning att säljaren, förutom att inneha ett verk, dels innehar kryptovaluta för att kunna betala avgiften, dels har ett konto för kryptovaluta. Därefter ska en blockkedja väljas för att skapa NFT:n i. Det finns flera olika att välja mellan med olika egenskaper: diverse “minting”-kostnader, olika grader av säkerhet, tillgängliga verktyg eller funktioner och liknande.³⁵ Vilken som är bäst anpassad blir upp till säljaren och vilka krav hen ställer på en blockkedja. Avgifterna för transaktioner kan variera mellan olika blockkedjor, där vissa erbjuder gratis transaktioner och andra tar betalt i en viss procent baserad på värdet av NFT:n.³⁶

Vidare blir det upp till säljaren att välja vilken handelsmarknad – plattform – som ska användas. En plattform kan liknas vid en handelsmarknad eller börs för kryptovalutor.

³² CMS Law-Now, 2021-04-22.

³³ Jfr. Stephen, The Verge.

³⁴ Renman Claesson, Konstnärernas riksorganisation.

³⁵ Brooke, Business 2 Community.

³⁶ Wallace, CommPRO.

Det finns en rad olika plattformar att välja mellan, de som har ett stort antal NFT:er av olika kategorier och de som är specialiserade inom vissa områden och endast har verk av det nischade slaget. Vad som styr vilken plattform som är bäst anpassad för verket en säljare vill publicera är vilken kategori av konst som verket tillhör.³⁷

Ett exempel på detta är den som finns på plattformen Binance; världens största kryptobörs och som nu lanseras i Sverige. Binance har sedan innan varit tillgänglig för svenska medlemmar, såväl som handelsmarknad som blockkedja. Börsens lansering i Sverige innebär vissa små förändringar, som att sidan får en översättning på svenska, svenska betalmedel erbjuds och ett lokalt kontor öppnar upp på svensk mark. Den förmodligen viktigaste förändringen som lanseringen innebär är att svenska lagar blir gällande och skyddar användarna.³⁸

Efter att ett verk mintats och laddats upp på en plattform är NFT:n öppen för handel; antingen genom auktion eller till ett fast pris. Oavsett hur köpet genomförs tillkommer det utgifter för NFT:n som baseras på gasavgifter och eller transaktionskostnader. Kostnadernas storlek baseras på belastningen på nätverket, vilken är i ständig förändring och oförutsägbar, vilket således innebär en viss osäkerhet för köparen som på förhand inte kan förutse vad den slutliga prislappen landar på.³⁹ Däremot finns det hemsidor där dessa kostnader kan bevakas av en köpare, så att hen kan invänta ett bra läge, med lägre priser, för att genomföra köpet.⁴⁰

När en NFT sålts kan köparen hantera filen som sin egen; dock innebär inte det exklusiva ägarbeviset att det tillkommer en ensamrätt likt den som upphovsrätten kommer med. Detta då upphovsrätten inte överläts i sambandet med köpet.⁴¹ Äganderätten av NFT:n som sådan tillfaller dock köparen, och exklusivt då det endast kan finnas en ägare åt gången.⁴² Att inneha en NFT innebär inte heller ett skydd mot att den kopieras, dock kan köparen hantera den köpta filen i en begränsad omfattning.⁴³ Vidare händer det att skaparen av en NFT inte de facto är den rättmätige ägaren till det ursprungliga verket, vilket väcker intrångsfrågan. Även om en NFT är unik och därför inte kan replikeras,

³⁷ Jörgensen, *Hur köper jag en NFT*, Rättsakuten.

³⁸ Ek, Dagens Industri.

³⁹ Jörgensen, *Hur köper jag en NFT*, Rättsakuten.

⁴⁰ Se exempelvis: ETH Gas Station, <https://ethgasstation.info/>

⁴¹ Jörgensen, *Vad är en NFT*, Rättsakuten.

⁴² Conti & Schmidt, Forbes Advisor.

⁴³ Perot, E.I.P.R. 2021.

innebär det inte nödvändigtvis att det i grunden upphovsrättsligt skyddade verket inte kan det.⁴⁴

Skaparen till en NFT kan välja huruvida flertalet NFT's ska skapas för ett verk, vilket i sin tur ger skaparen en möjlighet att styra utbudet av dessa och därmed även marknaden.⁴⁵ Innehavet av en NFT innebär inte heller per automatik en exklusiv rätt till verket för köparen, ett exempel på detta har diskuterats av Emma Perot i hennes artikel.⁴⁶ Perot har i sina undersökningar sett hur det exempelvis finns en NFT-marknad på vilken en intressent kan köpa videoklipp, så kallade "moments", med sekvenser från basketmatcher i den amerikanska basketligan. Enligt NFT-marknadens hemsida finns det en klausul i köpeavtalet som uttrycker att upphovsrätten tillhör den nationella basketligan (licensinnehavaren), även om videoklippet säljs som en NFT. Köparen görs uppmärksam på att samtliga ensamrätter fortsatt tillhör säljaren, även om klippet genom köpet tillfaller köparen att förfoga över i viss begränsad omfattning. Köparens innehav innebär, enligt samma köpeavtal, dock inte att videoklippet som går att köpa inte finns att tillgå på andra ställen på internet – gratis.⁴⁷ Köparen blir därmed varse om att det inte finns en garanti för att klippet, NFT:n, hen köpt är en exklusiv upplaga samt att upphovsrätten inte följer med i transaktionen som en del av äganderätten.

2.4 Varför NFT?

NFT-knuten konst blir allt vanligare och det finns en rad skäl varför, några ska redogöras kort för nedan. Det går att knyta kontrakt till NFT:s som sedan följer NFT:n vid framtida försäljningar. Detta gör det möjligt för säljaren att föra in royalty-villkor i kontrakten som försäkrar säljaren, eller upphovsmannen, framtida försäljningsintäkter och en del av eventuell värdeökning. Däremot är det inte helt oproblematiskt att skriva kontrakt avseende NFT. Kontraktet går inte att ändra i efterhand; även om det skulle uppstå en rättslig process är NFT:n oföränderlig och villkoren gäller fortsatt.⁴⁸

Det finns enligt Katarina Renman Claesson en risk då någon erbjuder sig att, å upphovsmannens vägnar, minta och i sin tur sälja ett verk knutet till en NFT. Mintaren kan då uppge sig själv som tillverkare och ger således sig själv rätten till framtida royalty. Det är därför inte heller främmande att det uppstår tvister om vem som är den rättmätige

⁴⁴ Perot, E.I.P.R. 2021.

⁴⁵ Jfr. Perot, E.I.P.R. 2021.

⁴⁶ Perot, E.I.P.R. 2021.

⁴⁷ Perot, E.I.P.R. 2021.

⁴⁸ Renman Claesson, Konstnärernas riksorganisation.

mottagaren av royaltyn. Initialt kan upphovsmannen ha uppgett sig själv som mottagare av royaltyn, för att sen säljaren eller mintaren av NFT:n också uppger sig som mottagare. Om det i ett senare skede skulle uppstå en tvist om ersättningen finns det en risk, till följd av NFT-marknadens globala spridning, att det är lagstiftningen i annat land än upphovsmannens hemland som ska tillämpas i processen. En lagstiftning som riskerar vara väldigt olik den upphovsmannen känner till vid kontraktets ingående.⁴⁹

Värdet på NFT:er styrs, likt värdet på andra verk, av marknaden och efterfrågan, således kan en NFT snabbt öka i värde – och lika snabbt förlora värde. Då fenomenet fortfarande är relativt nytt är det svårt att förutspå dess framtid och investeringarna blir i stora drag spekulativa. Fördelen är dock att försäljningen av digitala verk sker på en marknad som är oberoende av en geografisk plats och därför blir större och mer internationellt utspridd. Handeln sker genom digitala handelsplattformar och innebär dessutom en automatisk royalty för upphovsmannen var gång NFT:n säljs vidare, utan upphovsmannens direkta delaktighet vid transaktionerna.⁵⁰

Förutom att handla med NFT:er som en form av kryptovaluta kan NFT:er användas i välgörenhetssyfte, något som bland annat de amerikanska företagen Taco Bell och Charmin gjort. De båda företagen skapade verk och placerade dessa i NFT:er, för att sedan bjuda ut verken till försäljning på NFT-marknaden genom auktioner till förmån för välgörenhetsorganisationer.⁵¹ Intresset i att inneha NFT:er är mer vidsträckt än intresset för konsten som är knuten till den. NFT:er verkar som en valuta tack vare dess värde, precis som med mer traditionell konst.

⁴⁹ Jfr. Renman Claesson, Konstnärernas riksorganisation.

⁵⁰ Jörgensen, *Hur köper jag en NFT*, Rättsakuten.

⁵¹ Conti & Schmidt, Forbes Advisor.

3 Den upphovsrättsliga ensamrätten

3.1 Upphovsrättens syfte

Historiskt har upphovsrätten, eller författar- och konstnärsrätten, vuxit fram ur skyddet för boktryckare och förläggare. Det första erkännandet av ett sådant skydd i Sverige fanns i 1810 års tryckfrihetsförordning (TF), där författare gavs ensamrätt att mångfaldiga sina verk genom tryck.⁵² Senare kom även andra skapare, som konstnärer och kompositörer, att tillerkännas skydd för sina verk; något som lade grunden för den moderna upphovsrätten.⁵³ Lagstiftarens intresse av att skydda det konstnärliga och litterära skapandet, samt skaparens rätt till verken och goda arbetsförhållanden, är vad som lade grunden för lagförslaget; vilket även anges i förarbetena till URL.⁵⁴ Den svenska upphovsrättsliga lagstiftningens motiv har således präglats av såväl den kontinentaleuropeiska som den angloamerikanska idén om upphovsrättens motiv.

Motiven till upphovsrätten kan delas in i två delar, där den primära funktionen inom upphovsrätten är vad som separerar de båda; den å ena sidan kontinentaleuropeiska och den å andra sidan angloamerikanska.⁵⁵ I den kontinentaleuropeiska teorin tas siktet på "*droit d'auteur*" – den personlighetsrättsliga författarrätten. Fokuset läggs på skaparens ideella rätt som uppstår av respekt för hans mänskliga personlighet som kommer till uttryck i verket. Den förmögenhetsrättsliga teorin "*Copyright*" är angloamerikansk och inriktar sig på produktionen, den insatsen skaparen gjort och dennes rätt att få betalt för sin insats. Teorin tar, olikt den kontinentaleuropeiska, inte hänsyn till måttet av skaparens personlighet i verket.⁵⁶ Såväl det kontinentaleuropeiska som det angloamerikanska sättet att se på upphovsrättens motiv har formulerats i lagstiftning internationellt⁵⁷ och ger uttryck för hur olika rättsstater värderar ideella kontra ekonomiska rättigheter inom upphovsrätten.⁵⁸

⁵² Prop. 1960:17 s. 28 ff.

⁵³ Olsson s. 33, jfr. Prop. 1960:17 s. 29.

⁵⁴ Prop. 1960:17 s. 31; SOU 1956:25 s. 61

⁵⁵ Jfr. Olsson & Rosén, kommentar till URL, s. 24 ff.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Den kontinentaleuropeiska teorin framgår av Förenta Nationernas deklaration om de mänskliga rättigheterna i artikel 27(2). I den amerikanska konstitutionens artikel 1 paragraf 8 återfinns uttryck för den angloamerikanska synen.

⁵⁸ Olsson & Rosén, kommentar till URL, s. 25.

Upphovsrätten, eller snarare ensamrätten den innebär för en skapare, regleras initialt i 2 kap. Regeringsformen (1974:152) (RF) under rubriken “Grundläggande fri- och rättigheter”. Det framgår av 2 kap. 16 § att “författare, konstnärer och fotografer äger rätt till sina verk” och är därmed en bestämmelse skyddad i grundlagen.⁵⁹ Förutom de i lagen uppräknade skaparna ska, enligt förarbetena till RF, även exempelvis utövande konstnärer som skådespelare och fotografer, samt skapare av bildkonst eller sceniska verk omfattas av bestämmelsen. Motivet till regleringen i grundlagen var att verksamheten som bedrivs av författare och konstnärer har en betydande roll i opinionsbildningen och vad som anses vara den andliga odlingen.⁶⁰

Upphovsrätten verkar initialt i syfte att skydda upphovsmannens ekonomiska och ideella intressen. Det ska stå upphovsmannen fritt att använda sina verk som hen önskar och i sin tur även få hindra annan från att använda dessa. Upphovsmannens intressen ska enligt lagstiftaren vägas mot samhällets och det allmännas intresse i att kunna nyttja verken. De motstridiga intressena måste genom en avvägning tillgodoses, såtillvida att samtliga i viss mån möts. I syfte att uppfylla en sådan avvägning har lagstiftaren i URL möjliggjort vissa inskränkningar i ensamrätten till upphovsmannens verk som innebär att någon annan än upphovsmannen själv kan vidta tillåtna åtgärder, även med skyddade verk, som annars innebär en inskränkning i den ekonomiska ensamrätten.⁶¹

3.2 Ensamrätten – en introduktion

Europeiska unionens domstol (EUD) har i mål C-5/08 uttalat att ett verk ska vara “upphovsmannens egen intellektuella skapelse” för att det ska anses vara originellt. Kravet preciserades senare av EUD som formulerade att verket för att skyddas ska avspegla “upphovsmannens personlighet”⁶² och att det ska vara resultatet av upphovsmannens kreativitet att “göra fria val”⁶³. Det finns vidare ett krav som kan liknas vid ett nyhetskrav, vilket innebär att ett verk måste vara till viss mån nytt och originellt.⁶⁴ Det finns inget krav på att verket ska vara komplicerat, stort eller av annan viss omfattning för att uppnå skydd.⁶⁵ Ett verk som inte innehåller ett nytt skapande element uppnår inte förutsättningen för upphovsrättsligt skydd och förblir således oskyddat.

⁵⁹ Jfr. Bruncevic & Käll, s. 20.

⁶⁰ Prop. 1975/76:209 s. 129.

⁶¹ Jfr. Levin med Hellstadius, s. 142 ff.

⁶² Se C-145/10 *Painer*, p. 88.

⁶³ Se C-403/08 och C-429/08 *Premier League*, p. 98.

⁶⁴ Olsson & Rosén, kommentar till 1 § URL.

⁶⁵ Se NJA 1990 s. 499.

Föremålet för skydd enligt den svenska upphovsrätten är enligt 1 § URL litterära och konstnärliga verk; olika former av andligt skapande liksom filmverk, teater, konstverk och musikaliska verk.⁶⁶ Begreppet "litterära och konstnärliga verk" ska verka som exemplifierande snarare än uttömmande av vad som ska anses omfattas av bestämmelsen.⁶⁷ Gemensamt för samtliga skapelser är att de ska vara av en unik och individuellt särpräglad karaktär – uppnå verkshöjd med andra ord. I förarbeten till 1919 års lagstiftning uttalades följande om verkets originalitet:

"höjt sig till en viss grad av självständighet och originalitet, den måste åtminstone i någon mån vara uttryck för auktors individualitet; en rent mekanisk produktion är icke till fyllest".⁶⁸

Kravet på *självständighet och originalitet* innebär däremot inte att verket ska uppnå en viss kvalitativ nivå och av SOU 1956:25 framgår det att "även ett dåligt verk är ett verk". Det finns inte heller något krav i URL att verket ska uppnå ett ekonomiskt värde, det är skapandet i sig som ger upphov till upphovsrätt. Därutöver lägger lagstiftaren ingen vikt vid vad syftet bakom skapandet var, oavsett om det varit praktiskt, religiöst eller konstnärligt.⁶⁹ Hur det svenska kravet på verkshöjd ska förhålla sig till det av EUD formulerade originalitetskravet har Högsta domstolen (HD) diskuterat i mål NJA 2015 s. 1097. Domstolen kom då fram till att innebörden av den svenska verkshöjden inte avser något annat än EU-rättens originalitetskrav, då båda formuleringarna uttrycker ett krav på "viss individuell särprägel".⁷⁰

Den allmänt hållna formuleringen av vad som ska anses vara ett verk i 1 § 1 st. URL är formulerad på ett sätt som gör den förlåtande och framförallt anpassningsbar till verk av alla dess slag.⁷¹ Genom att lagstiftaren varsamt formulerat teknologineutrala bestämmelser i URL menar Bruncevic och Käll gör lagtexten mottaglig för teknologiska och samhällsliga förändringar. Bruncevic och Käll har även uttryckt att den svenska upphovsrättslagstiftningen, tack vare sin neutrala hållning till teknikens utveckling, inte är i behov av att konstant förändras eller uppdateras.⁷²

⁶⁶ Olsson, s. 52.

⁶⁷ Olsson & Rosén, kommentar till 1 § URL.; Olsson, s. 52.

⁶⁸ NJA II 1961, s. 12.

⁶⁹ SOU 1956:25, s. 67.

⁷⁰ NJA 2015 s. 1097.

⁷¹ Jfr. SOU 1956:25, s. 64.

⁷² Bruncevic & Käll, s. 29.

Upphovsrätten nämns, likt tidigare redogjorts för, i 2 kap. 16 § RF. Paragrafen anger endast att det *ska finnas* särskilda bestämmelser i lag om upphovsmännens rätt till sina verk, inte vad bestämmelserna ska innehålla.⁷³ Det framgår inte heller av bestämmelsen vad som ska förstås som rättighetsinnehavare eller vad som definierar dessa, förutom exemplifieringen “författare, konstnärer och fotografer”. Det får därför anses vara breda grupperingar av skapare där upphovsmannen inte nödvändigtvis kategoriseras utefter sin yrkeskategori.⁷⁴ En upphovsman är enligt 1 § URL “den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk...”. Samtliga rättighetsinnehavare angivna är fysiska personer – juridiska personer likt företag eller organisationer omfattas således inte här.

Däremot är det möjligt för juridiska personer att vara innehavare av ekonomiska upphovsrättigheter, vilka förvärfvas genom beställning, avtal likt anställningsavtal eller annan avtalsform.⁷⁵ I situationer där verk skapats i samband med avtal, anställningsförhållande eller på beställning är utgångspunkten att upphovsrätten tillfaller den ursprunglige skaparen.⁷⁶ Däremot kan upphovsrätten tillfalla den juridiska personen till följd av det avtal som upprättats mellan parterna. En övergång kan göras i olika omfattning, vilken är beroende av vad som framkommer av avtalet. Vidare ska det tydliggöras att det endast är den *ekonomiska* rätten som kan överföras. De ideella rättigheterna kan endast efterges⁷⁷, vilket kommer att redogöras för närmare under avsnitt 3.4.

Upphovsrätten uppkommer per automatik i samband med att ett verk skapas, det finns således inget krav på formalia som registrering eller liknande och rätten beskrivs ofta som “formlös”.⁷⁸ Därutöver finns det inte något krav på att en upphovsman ska vara rättskapabel för att få upphovsrätt enligt URL. Det betyder att verk, exempelvis teckningar, skapade av barn omfattas av upphovsrätten. Däremot är det en förutsättning att verket uppnår verkshöjd för att åtnjuta skyddet.⁷⁹

Omfattningen av ensamrätten framgår av 2 § 1 st. URL och inkluderar framställningen av såväl identiska exemplar av ett ursprungligt verk, som ändringar, bearbetningar eller skifte av konstverk av ett verk. Däremot omfattas inte ett nytt och självständigt verk av

⁷³ Jermsten, kommentar till 2 kap 16 § RF.

⁷⁴ Bruncevic & Käll, s. 21.

⁷⁵ Jfr. Olsson, s. 84.

⁷⁶ SOU 1956:25, s. 83.

⁷⁷ Se Levin med Hellstadius, s. 124.; Olsson, s. 84 ff.

⁷⁸ Levin med Hellstadius, s. 71.

⁷⁹ Se Olsson, s. 84;

ensamrätten enligt 4 § 2 st. URL – även om verket tillkommit i fri anslutning till ett redan befintligt. Därmed kan det bli aktuellt att bedöma huruvida ett framställt verk är ett *nytt och självständigt verk*, eller om det är en bearbetning enligt 4 § 1 st. URL. En sådan bedömning är inte oproblematisk och i praktiken blir det nödvändigt att göra en konkret och sakkunnig bedömning i det enskilda fallet. Bedömningen är inledningsvis delvis juridisk, i syfte att konstatera det ursprungliga verkets skyddsomfång, och delvis estetisk för att klarlägga verkets delar som är menade att inge ett igenkännande och erkännande. Det som senare lägger grunden för bedömningen är hur lik den påstådda bearbetningen eller efterbildningen är originalet; om båda rent estetiskt resulterar i samma upplevelse är det troligtvis inte ett *nytt och självständigt verk*.⁸⁰

Enligt 43 § URL varar upphovsrätten under hela upphovsmannens livstid och 70 år efter upphovsmannens död.⁸¹ Skälet bakom den långa skyddstiden var initialt i hänsyn till upphovsmannens efterlevande men har senare fått ett mer kommersiellt syfte: ju längre ensamrätt till ett verk, desto bättre investering. För verk som skyddas enligt internationella avtal, men som har ett utländskt ursprung, blir skyddstiden densamma som för nationella verk. Motsatsvis innebär detta att utländska verk, som innehar längre skyddstid i landet där de skapades, inte kan åtnjuta det mer generösa skyddet i Sverige – 70 år efter upphovsmannens död är det som gäller. Om skyddstiden i ursprungslandet har löpt ut, har den gjort det även i Sverige.⁸² När uphovstiden har löpt ut är verket fritt att användas; vem som helst kan offentliggöra eller återge det. Verk som skyddas enligt titelskyddet i 50 § URL, klassikerskyddet i 51 § URL eller verk som är begränsade till följd av avtal undantas dock.⁸³

3.3 Ekonomiska rätten

3.3.1 Exemplarframställningsrätt

Upphovsmannens ekonomiska ensamrätt till ett verk finns fastslagen i 2 § 1 st. URL och är en fundamental del i upphovsrätten. Upphovsrätten innefattar en exklusiv rätt för upphovsmannen att framställa exemplar av verket och att göra verket tillgängligt för allmänheten. Rätten att framställa verk innebär att verkets mångfaldigande exklusivt styrs

⁸⁰ Levin med Hellstadius, s. 173 ff.

⁸¹ Skyddsdirektivet 2006/116/EG.

⁸² Levin med Hellstadius, s. 222.

⁸³ Levin med Hellstadius, s. 226.

av upphovsmannen; dels om verket ska mångfaldigas, dels i vilken utsträckning.⁸⁴ Högsta domstolen konstaterade i NJA 1995 s. 256 att även delar av ett skyddat verk, om delen uppnår verkshöjd och därmed är skyddat, ska anses utgöra exemplar av verket. Sedermera innebär ett mångfaldigande av delen ett intrång i upphovsmannens ensamrätt att framställa exemplar av sitt verk.⁸⁵ EUD har i C-5/08, samt i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, konstaterat att ett utdrag av så lite som elva sammanhängande ord från ett skyddat verk kan innebära ett mångfaldigande – under förutsättning att delen av verket ger uttryck för upphovsmannen egen intellektuella skapelse.⁸⁶

Med “verket” ska här förstås hela eller delar av ett verk i såväl dess ursprungliga form som bearbetningar av det; vilket framgår av 2 § 2 st. URL.⁸⁷ Rätten till mångfaldigande är enligt lagens lydelse vidsträckt och innebär att samtliga former av permanent eller tillfälligt mångfaldigande omfattas – oavsett om det är beständiga medier eller digitala.⁸⁸ Undantagsvis kan kopior som omfattas av inskränkningen i 11 a § URL tillåtas, med hänsyn till att skapandet av kopian är nödvändig för användningen av vissa tekniker.

Det praktiska utnyttjandet av upphovsrätten kan delas in i primärt och sekundärt. Med det primära utnyttjandet ska förstås då upphovsmannen är direkt involverad och exempelvis ger ut en bok, det sekundära utnyttjandet (ofta genom avtalslicenser) uppstår då boken senare läses upp i radio eller i tv.⁸⁹ Då exempelvis ett konstverk syns i bakgrunden i en film ska det anses utgöra ett mångfaldigande av verket i filmen; vilket gäller även om verket utgör en del i bilden som kan anses vara oväsentlig.⁹⁰ När ett verk förekommer i bakgrunden och svårligen (om ens alls) kan identifieras ska det dock enligt förarbetena till Infosoc-direktivet inte anses vara tal om ett mångfaldigande. Gränsdragningen är dock oklar och lämnas till rättstillämpningen, som i sista hand blir EU-domstolen.⁹¹

Upphovsmannens ensamrätt till mångfaldigande av ett skyddat verk kan till exempel inskränkas enligt 12 § URL; en person får, för privat bruk, framställa ett eller några få exemplar av ett offentliggjort verk. Även om exemplarframställningsrätten kan inskränkas i viss mån finns det, i 12 § 2-4 st. URL, vissa begränsningar. Det är bland annat inte tillåtet att mångfaldiga ett verk som inledningsvis getts ut olovligen, inte heller

⁸⁴ Jfr. Bruncevic & Käll, s. 34 ff.; Levin med Hellstadius, s. 134 ff.

⁸⁵ NJA 1995 s. 256.

⁸⁶ C-5/08 (*Infopaq*), p. 48 och 51.; C-403/08 och C-429/08 (*Premier League*), p. 154-158.; Se även Maunsbach & Wennersten, s. 77.

⁸⁷ SOU 1956:25, s. 93 ff.

⁸⁸ Levin med Hellstadius, s. 135.; Olsson, s. 93.

⁸⁹ Levin med Hellstadius, s. 135.

⁹⁰ Maunsbach & Wennersten, s. 78.

⁹¹ Prop. 2004/2005:110 s. 54 ff.

att låta en utomstående framställa exemplar av exempelvis musikaliska verk eller bruksföremål. Det är även tillåtet enligt 22 § URL att göra citat ur ett litterärt verk, göra en kopia eller använda ett verk (i begränsad omfattning).⁹²

3.3.2 Överföring till allmänheten

Rätten för upphovsmannen att göra sitt verk tillgängligt för allmänheten framgår av URL 2 § 3 st. och omfattar i huvudsak fyra förfoganden:

- *Överföring till allmänheten*
- *Offentligt framförande*
- *Offentlig visning*
- *Spridning av exemplar till allmänheten*

InfoSoc-direktivets artikel 3.1 föreskriver att en upphovsman ska ges ensamrätten att dels överföra verk till allmänheten, dels göra alster av dessa tillgängliga för allmänheten. Upphovsmannen ska dessutom inneha den exklusiva rätten att tillåta och/eller förbjuda överföring till allmänheten av deras verk.⁹³

Överföring till allmänheten i paragrafens första punkt består av två kumulativa förutsättningar: en "överföring" av verket och att den sker till en "allmänhet". En förutsättning för att det ska anses vara en överföring är att verket tillgängliggörs från en plats annan än den där mottagaren (allmänheten) är.⁹⁴ Överföringen ska enligt praxis, för att kvalificeras som ett intrång i upphovsmannens ensamrätt, ske med en teknik annan än den som tidigare använts av upphovsmannen eller i varje fall till en ny publik.⁹⁵ Med "ny publik" ska förstås en publik vilken upphovsmannen till verket inte initialt beaktat då tillstånd lämnades för den ursprungliga överföringen.⁹⁶

On demand-överföring omfattas jämväl av bestämmelsen, det vill säga när mottagaren kan få tillgång till ett verk vid en tidpunkt och plats vald av denne själv – oberoende av om mottagaren väljer att utnyttja möjligheten eller ej.⁹⁷ Det är av domstolen fastslaget att en mottagare ska anses ha tillgång till ett verk när denne besöker en webbplats vilken

⁹² Olsson & Rosén, kommentar till 12 §.

⁹³ Infosocdirektivet, art. 3.1.

⁹⁴ Jfr. Levin, s. 139.

⁹⁵ C-610/15 (*Stichting Brein*), p. 28.

⁹⁶ Se C-466/12 (*Retriver*); C-348/13 (*BestWater*).

⁹⁷ Jfr. Levin, s. 139.; Infosocdirektivet.

tillgängliggör hyperlänkar till skyddade verk, som i sin tur redan gjorts tillgängliga på en annan webbplats.⁹⁸ Det innebär således att med överföring ska förstås varje handling där en användare ger sina mottagare tillgång till upphovsrättsligt skyddade verk, trots sin kännedom om detta.⁹⁹ En sådan distansöverföring som föreskrivs är teknikneutral och innefattar såväl trådlös som trådbunden överföring, till vilken en allmänhet även på distans kan få tillgång till verket.¹⁰⁰ Med teknikneutral ska förstås som att bestämmelsen är tillämplig på samtliga befintliga tekniska metoder – samt alla framtida.¹⁰¹

Den andra förutsättningen är att överföringen görs till en allmänhet, vilket således undantar den privata sfären. Med *allmänhet* ska förstås ett obestämt, dock relativt stort, antal potentiella mottagare, och således omfattas inte små eller obetydliga kretsar av personer. Antalet mottagare bestäms utifrån dels hur många som har tillgång till samma verk vid samma tillfälle, dels hur många av dessa som är i en följd av varandra.¹⁰²

EUD har i mål C-610/15 uttalat att även om begreppet “överföring till allmänheten” ska ges en vidsträckt tolkning ska det även ges en individualiserad bedömning.¹⁰³ Skälet till detta är att man vid en bedömning av huruvida en överföring gjorts till en allmänhet ska beakta kriterier som är både beroende och kompletterande av varandra och som inte är självständiga; kriterierna ska tillämpas såväl individuellt som med hänsyn till varandra. Kriterierna är som diskuterats ovan vad som ska anses vara en allmänhet, en överföring samt vinstsyfte. Ett eventuellt vinstsyfte för den som otillbörligen utnyttjar någon annans verk är inte heller utan betydelse för bedömningen, enligt EUD.¹⁰⁴

På grund av avsaknad precisering av begreppet *överföring till allmänheten* i direktivet har EUD uttryckt att såväl innebörden som omfattningen av begreppet ska ses i ljuset av de formulerade skälen 9 och 10 i InfoSoc-direktivet. Bedömningen ska därav göras utifrån direktivets mål, tillsammans med det sammanhang begreppet förekommer i. Härvid framgår det även att direktivets främsta syfte är att säkerställa ett tillräckligt starkt skydd för upphovsmannen som tillförsäkrar att denne kan erhålla en ersättning i händelse av att någon annan använder verket – särskilt vid överföring till allmänheten.¹⁰⁵

⁹⁸ Se bland annat: C-466/12 (*Retriever*); C-348/13 (*BestWater*).

⁹⁹ C-610/15 (*Stichting Brein*).

¹⁰⁰ Levin, s. 139.

¹⁰¹ Maunsbach & Wennersten, s. 79.

¹⁰² C-306/05 (*Rafael Hotels*), p. 37-39; C-610/15 (*Stichting Brein*), p. 27.

¹⁰³ C-610/15 (*Stichting Brein*), p. 23-29.

¹⁰⁴ C-610/15 (*Stichting Brein*), p. 23-29.

¹⁰⁵ Se C-306/05, p. 33-34 (*Rafael Hotels*); C-403/08 och C-429/08, p. 184-185 (*Premier League*); C-610/15 (*Stichting Brein*)

3.3.3 Offentligt framförande

Med "*framförande*" i 2 § 3 st 2 p. URL ska enligt förarbetena förstås som när ett verk uppförs, utförs eller framförs; exempelvis då musik spelas i en restaurang eller när en pjäs sätts upp på en teater.¹⁰⁶ Ett offentligt framförande av ett verk, med eller utan tekniskt hjälpmedel, förutsätter att verket framförs med allmänheten närvarande – till skillnad från överföring till allmänheten. Innan Infosocdirektivet införlivades i svensk rätt omfattades även distansöverföringar av ensamrätten till offentligt framförande och kravet på en närvarande publik fanns ej.¹⁰⁷

Framförandet ska enligt lagutskottet dessutom vara just *offentligt*, vilket innebär att regeln inte tar sikte på privata framföranden men ska enligt förarbetena ges en vidsträckt betydelse. Utgångspunkten blir således att framförandet ska ske, eller kunna ske, på en plats dit envar kan ges tillträde – antingen i en öppen form eller genom avläggande av medlemsavgift eller inträde.¹⁰⁸ Ett framförande ska fortfarande anses vara offentligt på en plats där en arrangör har rätt att neka någon tillträde; musik på en nattklubb dit minderåriga nekas tillträde är ändå anses som *offentligt*.¹⁰⁹ Det viktiga för bedömningen är alltså inte hur stort antalet personer det är som närvarar vid framförandet – det är snarare platsen och hur tillgänglig denna är för allmänheten.¹¹⁰

Det finns i huvudsak tre situationer då det kan vara tal om ett offentligt framförande av ett verk. Den första situationen är då någon framför verket live för en närvarande allmänhet; exempelvis en musiker som spelar musik eller en teateruppsättning av skådespelare. Den andra situationen avser istället då ett verk, med hjälp av tekniskt hjälpmedel, framförs för en allmänhet som är närvarande på samma plats som det tekniska hjälpmedlet. I förevarande situation kan det röra sig om musik som spelas upp med hjälp av ljudutrustning på en nattklubb eller i en bar.¹¹¹ I den tredje situationen kan såväl överföring till allmänheten som offentligt framförande göras gällande – i enlighet med praxis från år 2005.¹¹²

¹⁰⁶ Prop. 2004/05:110 s. 57 ff.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Prop. 1960:17 s. 62.

¹⁰⁹ Jfr. NJA 1988 s. 715.

¹¹⁰ Se Bruncevic & Käll, s. 38.

¹¹¹ Se Olin, Upphovsrättslagen (1960:729).

¹¹² C-403/08 och C-429/08 (*Premier League*).

Undantaget bestämmelsen är framföranden som sker inför en sluten personkrets och således inte anses vara offentligt. Högsta domstolen preciserade innebörden av en sluten personkrets i NJA 1988 s. 715 och uttryckte bland annat att kretsen måste vara “individuellt bestämd och utgöra en utåt avgränsad enhet sammanhållen av ett påvisat samband mellan medlemmarna”. För att en personkrets ska anses sluten får den därför inte vara stor eller öppen för vem som helst, dessutom ska bedömningen göras utifrån ändamålet med kretsen såsom kravet på medlemskap eller att framföranden sker i ekonomiskt syfte. I NJA 1988 s. 715 kom Högsta domstolen fram till att det inte var tal om ett framförande för en sluten personkrets då publiken var att anse som tillfällig, heterogen och växlande där samband mellan personerna saknades.¹¹³

3.3.4 Offentlig visning

Visningsrätten i 2 § 3 st. 3 p. URL innefattar endast då ett verk görs fysiskt tillgängligt för allmänheten på samma plats som där allmänheten kan ta del av det – utan tekniskt hjälpmedel och så kallad “direkt visning”. Om verket istället visas “indirekt” som en display med hjälp av ett tekniskt hjälpmedel är det tal om ett intrång i upphovsmannens rätt till offentligt framförande ovan.¹¹⁴ Bestämmelsen tar endast sikte på visningen av fysiska exemplar, dvs. det statiska förfogandet över ett materiellt verk.¹¹⁵ Ensamrätten till offentlig visning påverkar främst bildkonstverk, med hänsyn till bestämmelsens begränsningar. Dock kan även andra verk omfattas; exempelvis notblad, böcker eller liknande.

I 19 och 20 §§ URL finns bestämmelser som innebär att upphovsrätten konsumeras av en lovlig överlåtelse eller utgivning av ett verksexemplar – konsumtionsreglerna. När konsumtionsreglerna diskuteras är det viktigt att göra en distinktion mellan verk och exemplar; eftersom endast exemplar omfattas av bestämmelserna.¹¹⁶ Reglerna utgör ett undantag från ensamrätten och innebär att köparen fritt får sälja vidare, visa upp och låna ut verksexemplaret. Såväl visningsrätten i 2 § 3 st. 3 p. URL som spridningsrätten i 2 § 3 st. 4 p. URL får således inskränkas utan varken samtycke från, eller ersättning till, upphovsmannen.¹¹⁷ Undantagsvis innebär inte konsumtionsreglerna en rätt för köparen att exemplarframställa eller överföra verket till allmänheten.¹¹⁸ Därutöver verkar reglerna

¹¹³ NJA 1988 s. 715.

¹¹⁴ Bruncevic & Käll, s. 39.; Olsson & Rosén, kommentar till 2 § URL.

¹¹⁵ Bruncevic & Käll, s. 39.

¹¹⁶ Levin med Hellstadius, s. 142.

¹¹⁷ Olsson & Rosén, kommentar till 19 § URL.

¹¹⁸ Se 19 § 2 st. URL.

som en allmän rättsprincip och innebär ett balanserat rättsförhållande mellan dels upphovsmannen, dels exemplarägaren.¹¹⁹

Visningsrätten inskränks i hög grad och anses enligt 20 § URL normalt konsumerad då ett exemplar av ett verk överläts från upphovsmannen. Ägaren till exemplaret av verket får, oberoende av verkskategori, då rätten att bland annat visa, sälja eller låna ut sitt fysiska exemplar som hen önskar. Bestämmelsen avser endast exemplar av verk, exempelvis då ett notblad kopierats upp, då ensamrätten till originalverket fortfarande tillhör upphovsmannen. Köparen av exemplaret är dock begränsad på så vis att hen inte får företa exemplarframställning eller offentligt framföra det – konsumtionsreglerna omfattar därför endast visningsrätten i 20 § URL och spridningsrätten¹²⁰ i 19 § URL.¹²¹

3.3.5 Spridningsrätten

Slutligen utgörs den ekonomiska ensamrätten av spridningsrätten i 2 § 3 st. 4 p. URL. Bestämmelsen omfattar enligt sin lydelse en ensamrätt för upphovsmannen att sprida verket: *“exemplar av verket bjuds ut till försäljning, uthyrning eller utlåning eller annars sprids till allmänheten.”*. Rätten för upphovsmannen att kontrollera spridningen av hans verk är knuten till fysiska exemplar av verk och kan ej anses omfatta trådlösa överföringar som istället får anses handla om exemplarframställning.¹²² För att bestämmelsen ska bli tillämplig är det enligt EUD inte ett krav att spridningen fullbordats: det är tillräckligt att verksexemplaret har bjudits ut. I förevarande fall var det tal om lockreklam som porträtterade möbler, som ansågs vara skyddade verk.¹²³

I NJA II 1961 framhöll auktorrättskommittén att spridningsrätten i första hand ska ses som ett komplement till mångfaldiganderätten.¹²⁴ Skälet är att i en situation där upphovsmannen ger någon rätten att framställa exemplar av det skyddade verket, ska även spridningsrätten tillfalla förvärvaren.¹²⁵ Det kan, enligt auktorrättskommittén, uppstå situationer då en upphovsman exempelvis har lämnat sitt medgivande till att framställa en begränsad upplaga för endast en privat krets, och att hen sedan överskridit sin befogenhet.

¹¹⁹ Levin med Hellstadius, s. 142 ff.

¹²⁰ Mer om spridningsrätten under avsnitt 3.3.5.

¹²¹ Levin med Hellstadius, s. 142.

¹²² Olsson & Rosén, kommentar till 2 § URL.

¹²³ C-516/13 (*Dimensione Direct Sales*).

¹²⁴ NJA II 1961, s. 40 ff.

¹²⁵ Maunsbach & Wennersten, s. 89.

I en sådan situation har upphovsmannen befogenhet att ingripa mot den olovliga spridningen.¹²⁶

Likt för visningsrätten finns det en konsumtionsregel om konsumtion för spridningsrätten i 19 § URL. Huvudregeln för överlåtna exemplar av verk är att dessa får (fritt) spridas vidare, under förutsättning att upphovsmannens ensamrätt är konsumerad. Spridningsrätten är konsumerad då upphovsmannen först säljer ett exemplar av verket inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). Vidare krävs det även att överlåtelsen sker med upphovsmannens samtycke samt inom EES. Det är därmed en förutsättning för att spridningsrätten ska anses konsumerad att överlåtelsen har skett med upphovsmannens samtycke. I händelse av att upphovsmannen inte lämnat sitt samtycke till att hans verk överlåts, kan upphovsmannen ingripa mot vidare spridningen. Undantagsvis lever spridningsrätten kvar avseende uthyrning till allmänheten av alla typer av verksexemplar samt utlåning av exemplar av exempelvis dator- eller spelprogram och filmverk.¹²⁷ Det ska även tilläggas att det är utan betydelse om någon förvärvat ett verksexemplar i god tro innan spridningsåtgärden vidtas, en lagstridig transaktion utlöser inte konsumtion.¹²⁸

Huruvida spridningsrätten fortsatt ska vara gällande då ett skyddat verk reproduceras från ett material till ett annat som sedan bjuds ut på marknaden har diskuterats av EUD i mål C-419/13. Domstolen kom fram till att konsumtionen av spridningsrätten omfattar fysiska föremål – originalet eller ett exemplar av det, under förutsättning att det har bjudits ut på marknaden med upphovsmannens samtycke. Därutöver uttalade domstolen att det för bedömningen blir viktigt att undersöka huruvida exemplaret förändrats efter det första saluförandet så att det utgör ett nytt mångfaldigande av verket. Om det gör det, blir slutsatsen att exemplaret först är konsumerat då första försäljningen av det gjorts – under förutsättning att det är med upphovsmannens samtycke.¹²⁹

På grund av att konsumtionsreglerna riskerar att negativt påverka upphovsmannens ekonomiska situation, infördes år 1995 bestämmelser om "*droit de suite*".¹³⁰ Uttrycket översätts till "följerätt" på svenska och innebär en rätt för upphovsmannen att erhålla ersättning då hans konstverk säljs vidare. Lagstiftaren valde att särskilt skydda upphovsmän till konstverk, då dessa vanligen drabbas hårdast av konsumtionsprincipen.

¹²⁶ NJA II 1961, s. 40.; Jfr. Prop. 1960:17, s. 61 ff.

¹²⁷ Jfr. Olsson & Rosén, kommentar till 19 § URL.

¹²⁸ Levin med Hellstadius, s. 149.

¹²⁹ C-419/13 (*Stichting Pictoright*).; Olsson, s. 126 ff.

¹³⁰ Prop. 1994/95:151, s. 15 ff.

Förutom att upphovsmannen inte längre har kontroll över ägandet av sitt verk, finns det en risk att verket säljs vidare till en dyr prislapp – utan att upphovsmannen får ta del av kakan för sin prestation.¹³¹ Enligt ändringar som gjordes i bestämmelserna i 26 n–26 q. §§ URL om följerätt år 2018 ska upphovsmannen erhålla ersättning när ett original av ett konstverk säljs vidare, under förutsättning att det sker under tiden för upphovsrättens giltighet.¹³² Det ska därmed tilläggas att rätten till ersättning enligt följerätten varken kan överlåtas eller efterges; den är personlig enligt 26 o § URL. Ersättningen är inte bestämd utifrån marknadens intresse eller upphovsmannens önskan, den bestäms utifrån särskilda beräkningsregler i 26 o § URL och ersättningen är baserad på försäljningssumman.

Det framgår av 26 n § URL att följerätten, för att grunda en rätt till ersättning, är beroende av att vidareförsäljningen av verksexemplaret förvaltas av en person som är *yrkesmässigt verksam på konstmarknaden*.¹³³ Den yrkesverksamma personen ska antingen vara köpare, säljare eller förvaltare av verket; juridisk eller fysisk. Det föreligger vidare inget krav på att förmedlingen måste ske med parterna fysiskt närvarande, även digitala förmedlingar och internetauktioner omfattas av bestämmelsen. I situationer som kan utgöra gränsfall huruvida förmedlingen utgör grund för ersättning blir upp till domstolen att avgöra efter en individuell bedömning.¹³⁴

Det framgår inte av bestämmelserna för följerätt vad som ska definieras som ett konstverk. I art. 2.1 följerättsdirektivet¹³⁵ räknas bland annat grafik, skulpturer, teckningar och målningar upp som exempel. Således har det ingen betydelse vilket material som konstverket är gjort av eller vilken teknik som använts i skapandeprocessen. Vidare ska verksexemplaret vara framställt i en begränsad upplaga och av konstnären själv, alternativt med konstnärens tillåtelse. Det saknas även här en definition i URL och vid en bedömning huruvida upphovsmannen ska tillerkännas ersättning eller ej blir det upp till domstolarna att besluta.¹³⁶

3.4 Ideella rätten

3.4.1 Namngivelsesrätten

¹³¹ Prop. 1994/95:151, s. 16.

¹³² SFS 2018:604.; Olsson, s. 129.

¹³³ Prop. 2006/07:79, s. 68.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Europeiska gemenskapens direktiv i ämnet 2001/84/EG av den 27 september 2001.

¹³⁶ Olsson, s. 129.

Förutom det ekonomiska intresset är en del av upphovsrättens syfte att skydda upphovsmannens känslomässiga och personliga rätt till sitt verk – det ideella skyddet. Den franska terminologin används ofta för att beskriva rätten som “droit moral” – den moraliska eller ideella rätten. Den ideella rätten finns formulerad i 3 § URL och är tvådelad:

- rätten att få gälla som upphovsman till verket (namngivelse- eller paternitetsrätten, “*droit de la paternité*”)
- rätt till respekt för verket (respekträtten, “*droit au respect*”)¹³⁷

Initialt finns det en presumtion som säger att den ideella rätten följer den ekonomiska, men till skillnad från den ekonomiska, är den ideella rätten inte överlåtelsebar – den följer upphovsmannen.¹³⁸ Den ideella rätten kan dock i enlighet med 3 § 3 st. och 27 § URL efterges av en upphovsman, i viss omfattning. En eftergift kan ske på två sätt; genom en uttrycklig förklaring där upphovsmannen avstår från rätten, eller genom att omständigheterna implicit uttrycker att det har skett. Bestämmelsen är formulerad med viss begränsning i syfte att, även efter den ideella rätten eftergivits, fortsatt hedra upphovsmannens *droit de la paternité* och *droit au respect*. Skälet till detta är att innebörden av eftergiften kan vara oförutsägbar för upphovsmannen, således vill lagstiftaren genom den svensk lagstiftningen försöka skydda upphovsmannen så att denne inte är bunden av ett generellt avstående från sin rätt. Lagen ger utrymme för upphovsmannen att efterge sin ideella rätt i en viss omfattning, som i sådana fall ska vara “en till art och omfattning begränsad användning av verket.”

Utgångspunkten för namngivelsesrätten är att upphovsmannen ska anges då ett verk utnyttjas. Regeln gäller för alla typer av verk och avser såväl exemplarframställning av verket som då det görs tillgängligt för, överförs till eller framförs för en allmänhet. Detta är dock inte ett absolut krav utan lagstiftaren anger i 3 § 1 st URL att det ska ske i enlighet med god sed.¹³⁹ Vid tid för lagens införande uttryckte ett antal remissinstanser att bestämmelsen var något vag, men en mer detaljerad begränsning hade inte varit möjlig med hänsyn till att det i vissa fall är svårt att på ett passande sätt ange en upphovsman.¹⁴⁰ En sådan situation kan enligt förarbetena vara då musik framförs under exempelvis en gudstjänst eller spelas på en restaurang. Formuleringen av bestämmelsen ska dock, enligt

¹³⁷ Levin med Hellstadius, s. 159.; Olsson, s. 134.

¹³⁸ Levin med Hellstadius, s. 159.

¹³⁹ Se Prop. 1960:17 s. 71.; Olin, Upphovsrättslagen (1960:729).

¹⁴⁰ Jfr. Prop. 1960:17 s. 71 och Olin, Upphovsrättslagen (1960:729).

förarbetena, inte begränsa domstolarnas möjlighet att rubba sedvänjan om det med hänsyn till det enskilda fallet är nödvändigt.¹⁴¹

I förarbetena har det formulerats en rätt för upphovsmannen att vara anonym, är så fallet ska valet även respekteras av andra som återger verket och ska anses vara en del av den goda seden.¹⁴² Någon uttrycklig lagbestämmelse finns inte här, dock påpekades det vid URLs tillkomst att i händelse av att en upphovsman (som vill förbli anonym) anges med namn, ska det innebära ett avtalsbrott.¹⁴³ Intrånget i en upphovsmans namngivelsesrätt kan således antingen ske genom att upphovsmannen inte nämns, eller genom att upphovsmannen namnges men *felaktigen*.¹⁴⁴ Namngivelsesrätten omfattar inte endast lovliga utnyttjanden av skyddade verk; utan även olovliga sådana. Då någon plagierar en annans verk så innebär detta dels ett intrång i den ekonomiska rätten, dels i den ideella rätten.¹⁴⁵ Rätten att som upphovsman anges gäller enligt 11 § 1 st. URL även då verket används lovligen i enlighet med bestämmelserna om inskränkningar i 2 kap.

I fall där det finns flera upphovsmän är det vanligen tillräckligt att en av dessa anges; förslagsvis den som varit mest bidragande till verket.¹⁴⁶ Namnet som anges ska tillhöra en fysisk person och antingen vara upphovsmannens faktiska namn; eller pseudonym. En juridisk person kan, enligt svensk lagstiftning, inte vara upphovsman till ett verk – men kan dock vara utgivare eller liknande och anges som detta. Vad avser stavning ska upphovsmannens namn anges på det sätt som upphovsmannen själv använder det.¹⁴⁷ I händelse av att någon gjort en bearbetning eller en översättning av en annans verk, ska inte bara upphovsmannen till originalet anges – utan även upphovsmannen till bearbetningen eller översättningen.¹⁴⁸

Sättet på vilket upphovsmannens namn ska anges kan variera och är till stor del beroende av vilken typ av verk det är tal om. På skivor och böcker kan namnet finnas på omslaget, medan i fråga om filmer anges upphovsmannen istället i början av filmen eller i eftertexterna. För verk som framförs (exempelvis teater eller konserter) kan upphovsmannens namn framgå av eventuellt program, affisch eller annons, detsamma gäller för konstutställningar.¹⁴⁹

¹⁴¹ Prop. 1960:17 s. 71.; NJA II 1961, s. 60.

¹⁴² Prop. 1960:17 s. 71.

¹⁴³ Olsson & Rosén, kommentar till 3 § URL.

¹⁴⁴ Bruncevic & Käll, s. 43.

¹⁴⁵ NJA II 1961, s. 62.

¹⁴⁶ Olsson, s. 135.

¹⁴⁷ Olsson & Rosén, kommentar till 3 § URL.

¹⁴⁸ Olsson, s. 136.

¹⁴⁹ Olsson & Rosén, kommentar till 3 § URL.; Olsson, s. 135 ff.

3.4.2 Respekträtten

Av 3 § 2 st. URL framgår att ett verk inte får ändras så att upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart kränks. Det är upphovsmannens rätt att ingripa mot sådana ändringar som kan anses vara kränkande för denne.¹⁵⁰ Att bedöma huruvida en ändring de facto är kränkande eller inte är svårt. En objektiv bedömning av vad som kan anses kränkande ska göras, men med upphovsmannens uppfattning i beaktande.¹⁵¹ I händelse av att upphovsmannen är avliden ska bedömningen göras utifrån hur upphovsmannens personlighet har kommit till uttryck i hans verk.¹⁵² Respekträtten kan delas in i två delar: en kränkning av upphovsmannen och/eller ett kränkande tillgängliggörande av verket. Verket får inte heller göras tillgängligt för allmänheten i sådan form eller i sådant sammanhang som för upphovsmannen kan anses vara kränkande.¹⁵³

Med ändring kan förstås ändringar *i verket*; där ändringar antingen görs *i enskilda exemplar* eller *utan att något nytt exemplar framställs*. Sådana ändringar kan exempelvis vara färgläggning av svartvita filmer, strykningar i ett bokmanuskript eller manipulation av fotografiska bilder. Ändringar som är av icke betydande karaktär, såsom redaktionella ändringar i en insändare till en tidning eller tryckfel, är inte att anse som intrång i upphovsmannens rätt och är därför tillåtna. Även restaureringar av verk är tillåtna; oavsett om resultatet blir lyckat eller inte.¹⁵⁴

Särskild hänsyn ska tas till om verket ska återges som ett original, en överföring till annan art eller en bearbetning av ett verk. Då verk återges som original har upphovsmannen ett intresse av att återgivningen är så lik det ursprungliga verket som möjligt, eftersom att ändringar på olika sätt kan riskera att förvanska det. Små ändringar kan resultera i att verkets betydelse helt förvrängs, exempelvis då enstaka ord byts ut i en låttext eller då reproduktionen av ett konstverk är av sämre kvalitet.¹⁵⁵ Är verket istället överfört till en annan konstart eller utgivet som en bearbetning, får omfattande ändringar vara mer befogade än ändringar i ett original.

¹⁵⁰ Olsson, s. 137.

¹⁵¹ Bruncevic & Käll, s. 44.

¹⁵² NJA 1975 s. 679.

¹⁵³ Jfr. Bruncevic & Käll, s. 44.

¹⁵⁴ Olsson, s. 138.

¹⁵⁵ Olsson, s. 138.

Med ändringar *i enskilda exemplar* avses vanligen konstverk och vad som avgör huruvida ändringen ska anses vara tillåten eller ej är beroende av syftet med ändringen (som för att exempelvis restaurera ett verk), konstnärens avsikt med verket eller konstverkets värde.¹⁵⁶ Det framgår av förarbetena till URL att då exempelvis ett konstverk ändras för att bli mer anständigt eller då figurer kläs på ur samma syfte så kan det anses vara tillåtet – under förutsättning att ändringen inte är kränkande för upphovsmannen.¹⁵⁷ Bestämmelsen innebär inte hinder mot att restaurera ett konstverk, även om slutprodukten inte lyckats bevara verkets särprägel, eller mot att förstöra ett exemplar av ett verk.¹⁵⁸

Något som en upphovsman dock får anses tåla är parodier och travestier, vilka undantas redan i förarbetena till URL¹⁵⁹ och i artikel 5.3 infosocdirektivet finns parodi och karikatyr uppräknade som exempel på möjliga inskränkningar i upphovsmannens ensamrätt.¹⁶⁰ HD har uttalat att travesti och parodi ska betraktas som självständiga verk och faller således utanför det upphovsrättsliga skyddet för originalverket.¹⁶¹ Travestier och parodier ska dessutom, enligt Henry Olsson¹⁶², åtskiljas från andra typer av ändringar som görs i originalverk, likt de som kort redogjorts för ovan.¹⁶³ För att ett verk ska utgöra travesti eller parodi krävs det mer än att delar av originalverket tas från originalet och sedan används i en ny bearbetning. Hovrätten har i mål nr T-1534/96 uttalat att lösryckta användningar av karaktärer från ett originalverk i sig inte utgör en parodi; det krävs något mer. Som exempel på detta nämnde hovrätten att karaktären förvrängs och ges ett annat uttryck som kan upplevas som roande eller löjeväckande. När det inte sker en mer omfattande och parodisk användning av originalverket utgör användningen istället en ren avbildning av karaktären, som i sin tur innebär ett intrång i upphovsmannens ensamrätt.

Upphovsmannens respekträtt är fortsatt relevant efter det att hen har avlidit. Om en tvist skulle uppstå, efter att upphovsmannen är avliden och inte själv kan uttrycka hur hans respekt blivit kränkt, blir det upp till domstolen att göra en bedömning av huruvida ett handlande varit att anse som kränkande mot den nu avlidne upphovsmannen eller inte.¹⁶⁴ Vid bedömningen ska domstolen ta särskild hänsyn till vad som kan anses kränkande mot upphovsmannens personlighet, utifrån dels hur denna kommit till uttryck i det aktuella

¹⁵⁶ Olsson & Rosén, kommentar till 3 § URL.

¹⁵⁷ NJA II 1961, s. 65.

¹⁵⁸ Olsson & Rosén, kommentar till 3 § URL.; Olsson, s. 140.

¹⁵⁹ Se SOU 1956:25 s. 124.

¹⁶⁰ Infosocdirektivet, art. 5.3.

¹⁶¹ Se NJA 1975 s. 679.

¹⁶² Juris hedersdoktor vid Stockholms universitet och f.d. lagman i Svea hovrätt.

¹⁶³ Olsson, s. 139.

¹⁶⁴ Jfr. NJA II 1961, s. 73.; Maunsbach & Wennersten, s. 92.

verket, dels vad som hade varit upphovsmannens uppfattning hade hen haft möjlighet att uttala sig i saken.¹⁶⁵

¹⁶⁵ NJA 1975 s. 679.

4 Upphovsrätt och NFT

4.1 NFT och ensamrätten – allmänt

Varför NFT är intressant att diskutera ur ett juridiskt perspektiv är då det öppnar upp för såväl möjligheter som eventuella risker – som det ofta gör då nya tekniska fenomen uppkommer. I arbetet med lagstiftning har lagstiftaren ofta beaktat tänkbara situationer då rättsreglerna är ämnade att tillämpas. I samband med att nya (och oförutsägbara) situationer uppstår kan tillämpningen antingen försvåras eller ge upphov till förändringar i lagstiftningen.¹⁶⁶ Därutöver är framförallt upphovsrätten ett rättsområde som engagerar de som är verksamma inom NFT-marknaden. Anil Dash¹⁶⁷ har uttryckt att grundidén bakom NFT har varit och är djupgående. Tanken är att teknologin *ska* göra det möjligt för upphovsmän att ha kontroll över sina verk, lättare kunna sälja sina verk och få ett starkare skydd mot intrång. Dash menar dock att så inte är fallet och att en av de största bristerna med NFT:er är att det köparen faktiskt förvärvat är, som har redogjorts för under avsnitt 2.2, en länk till det digitala verket – inte verket i sig.¹⁶⁸

Huruvida en NFT ska åtnjuta annat upphovsrättsligt skydd än ett likvärdigt verk, exempelvis en tavla eller ett fotografi, som sålts vidare är värt att begrunda. Under förutsättning att verket som NFT:n är baserad på uppnår kravet på verkshöjd, ska det omfattas av URL. Utgångsläget för detta kapitel är att verken placerade i NFT uppfyller kravet på verkshöjd och gör URL tillämplig. Innehavet av NFT innebär vid första anblick i stora drag samma rättigheter som innehavet av ett konstnärligt fysiskt verk – innehavaren har rätten att fritt njuta av verket. Dock innebär den begränsade rätten inget skydd för innehavaren gentemot en tredje part som obehörigen använder NFT:n vidare¹⁶⁹, här blir det aktuellt att gräva djupare i upphovsrätten och undersöka vilka skyddsmöjligheter som finns för såväl upphovsmannen som för innehavaren av NFT:n och vilka möjliga intrång som riskerar att begås.

¹⁶⁶ Jfr. Kleineman, s. 35 ff.

¹⁶⁷ Anil Dash, VD för webbutvecklingsföretaget Glitch.

¹⁶⁸ Dash, The Atlantic.

¹⁶⁹ CMS Law-Now, 22-04-2021.

4.2 NFT och exemplarframställningsrätten

Upphovsmannens exemplarframställningsrätt kan äventyras i handeln med digitala verk, liksom NFT:er. Den exklusiva rätten för upphovsmannen är inte begränsad till en fysisk beständig form, utan omfattar original, verk i ändrat skick samt bearbetningar oberoende av konstform eller teknik.¹⁷⁰ Lagrådet har i förarbeten uttalat att upphovsrätten ska vara gällande oavsett om eller hur ändringar görs av verket och även om de är långtgående.¹⁷¹ Därutöver ska överföringen av verket till en anordning eller annan teknisk lösning omfattas av bestämmelsen för exemplarframställning. I förarbetena angavs som exempel då en återgivning av ett verksexemplar görs till grammofonskivor eller filmband¹⁷², men även mer moderna tekniska lösningar liksom hårddiskar eller CD-skivor inbegrips.¹⁷³ Således bör skapandet av en NFT, som är baserad på en digitalisering av ett upphovsrättsligt skyddat verk, utgöra ett intrång i upphovsmannens ensamrätt.

Verket är i sin helhet skyddat enligt URL, så även delar av det. Därmed kan det innebära ett intrång i upphovsmannens ensamrätt när endast en del av ett upphovsrättsligt skyddat verk används i skapandet av en NFT.¹⁷⁴ För att det ska anses vara ett intrång i upphovsmannens ensamrätt är det således inte ett krav att *hela* verket använts i exemplarframställningen.

I samband med teknikens framfart har det funnits viss oklarhet huruvida digitala exemplar av verk *de facto* ska vara att anse som en del av exemplarframställningsrätten oavsett om dessa är tillfälliga exemplar snarare än bestående.¹⁷⁵ NFT:er får inledningsvis anses vara av en mer bestående karaktär, än tillfällig. Trots att verken är digitala och ägandeskapet likaså, kan de laddas ner och lagras hos ägaren av dem vilket får ge uttryck för en mer bestående form. Skulle NFT:er anses vara tillfälliga exemplar får de framställas, i enlighet med 11 a § URL, under förutsättning att exemplaret inte har en självständig ekonomisk betydelse. Verk som säljs på NFT-marknaden får anses ha en självständig ekonomisk betydelse, med hänsyn till att syftet med plattformarna är att köpa och sälja digitala verk.

¹⁷⁰ Jfr. Prop. 2004/05:110, s. 49.

¹⁷¹ 1960:17, s. 377 ff.

¹⁷² NJA II 1961, s. 53.

¹⁷³ Prop. 2004/05:110, s. 50.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Jfr. Prop. 2004/05:110, s. 50.

Enligt bestämmelsen i 12 § 1 st. URL är det tillåtet för var och en att framställa exemplar av ett verk för privat bruk. Det innebär att vem som helst kan framställa exemplar av ett verk – under förutsättningen att verket, i enlighet med 12 § 4 st. URL, är lovligt offentliggjort. Är originalverket olovligt offentliggjort innebär det att inskränkningen enligt 12 § URL inte är tillämplig.¹⁷⁶ Att skapa (minta) en NFT ur ett verk, utan upphovsmannens samtycke, och sedan publicera den på NFT-marknaden bör i min mening, därmed utgöra ett intrång i upphovsmannens exemplarframställningsrätt. Skaparens publikation av verket innebär att undantaget om privat bruk i 12 § URL inte är tillämpligt, då marknaden inte är att anses som skaparens privata sfär. En köpare av NFT:n kan i sin tur även riskera göra intrång i upphovsmannens ensamrätt, med hänsyn till att verket initialt offentliggjorts olovligt.

För att en skapare av en NFT ska undvika att hans verk utgör plagiat finns det två möjligheter i 4 § URL; en bearbetning eller ett nytt och självständigt verk. En bearbetning av ett skyddat verk som sedan placerats i en NFT kan resultera i en egen upphovsrätt, såväl ekonomisk som ideell, för upphovsmannen till bearbetningen och således omfattas av 4 § 1 st. URL. Innebörden av huruvida en NFT, som mintats och publicerats av någon annan än upphovsmannen, är en bearbetning blir av stor vikt avseende vilken omfattning upphovsrätten ska få. Kan skaparen visa att hans NFT är en *bearbetning* av ett originalverk, kan det innebära självständiga upphovsrättsliga ensamrätter. Upphovsmannen till bearbetningen får då upphovsrätt till verket i den bearbetade formen och förehavandet innebär inte ett intrång i den ursprungliga upphovsmannens ensamrätt. Däremot blir bearbetarens upphovsrätt rättsligt beroende av den ursprungliga upphovsmannens ensamrätt; vilket innebär att bearbetaren inte har full rådgighet över sitt verk. Bearbetaren blir istället beroende av den ursprungliga upphovsmannens samtycke under originalverkets skyddstid och hans handlingar riskerar utgöra intrång om hen exempelvis offentliggör sin bearbetning utan tillåtelse.¹⁷⁷

Är verket inte att anse som en bearbetning, utan istället som ett nytt och självständigt verk, ska upphovsrätten för bearbetningen enligt 4 § 2 st. URL inte vara beroende av originalverkets upphovsrätt. Gränsdragningen mellan tillåten och otillåten exemplarframställning är dock inte helt självklar, en förutsättning för att verket inte ska vara en bearbetning av ett originalverk är att det inte behållit verkets “inre form”.¹⁷⁸ Med andra ord får det nya verket inte ha likheter som innebär att upphovsmannen till det nya

¹⁷⁶ Prop. 2004/05:110, s. 384.; Jfr. C-435/12 (*ACI Adam m.fl.*).

¹⁷⁷ Olsson & Rosén, kommentar till 4 § URL.; Levin med Hellstadius, s. 173 ff.

¹⁷⁸ Jfr. SOU 1956:25, s. 99 ff.

verket har tagit verkets identitet som sin egen. Skaparen av NFT:n får, för att bestämmelsen i 4 § 2 st. URL ska bli tillämplig, hämta inspiration från ett skyddat verk under skapandeprocessen utan risk för att verket innebär ett intrång i upphovsmannens ensamrätt.¹⁷⁹

4.3 NFT och överföring till allmänheten

När en NFT publiceras på marknaden till försäljning kan det likställas med att verket som är knutet till den har överförts till allmänheten. Förutsättningarna för att ett verk ska anses ha överförts till en allmänhet är att det, likt bekant, tillgängliggörs till en ny publik. Det är tillräckligt att NFT:n *görs tillgänglig* för en publik som, på en plats och vid en tidpunkt de själva väljer, kan få tillgång till den. Det är för bedömningen oväsentligt huruvida personerna har utnyttjat sin möjlighet att tillgå verket eller inte, möjligheten att göra det ska anses vara tillräcklig enligt EUD.¹⁸⁰ Kravet på att överföringen ska göras till en allmänhet uppfylls lätteligen i samband med NFT:er. Antalet potentiella mottagare som samtidigt ges tillgång till samma verk kan vara oändligt till följd av att marknaden är öppen för gemene man att besöka.¹⁸¹

I samband med att en skapare eller upphovsmannen själv publicerar NFT:n på marknaden är den att anse som överförd till allmänheten. Med hänsyn till att NFT-marknadsplatser är öppna för gemene man att besöka, på en plats och tidpunkt de själva väljer, så uppfylls sedermera kravet på *överföring* fastslaget av EUD.¹⁸² Ett förfarande som innebär att någon, annan än upphovsmannen själv, olovligen publicerar en NFT med ett skyddat verk ska anses utgöra ett intrång i upphovsmannens ensamrätt till överföring till allmänheten. Med hänsyn till att NFT:n dessutom publiceras på en öppen marknad och för en ny publik innebär det att överföringen kvalificeras som ett intrång i upphovsmannens ensamrätt.¹⁸³

På samma sätt ska tillhandahållandet av hyperlänkar som länkar från en webbsida till en annan, på vilken NFT:n med det skyddade verket finns tillgänglig, utgöra ett intrång i enlighet med EUD:s praxis. Förutsättningen är fortsatt att verket är fritt att tillgå för allmänheten genom länkningen.¹⁸⁴ EUD uttalade i mål C-610/15 att det av praxis ska förstås som att varje handling där en tillhandahållare, med sin fulla kännedom om

¹⁷⁹ Jfr. Olsson & Rosén, kommentar till 2 § URL.

¹⁸⁰ C-610/15 (*Stichting Brein*), p. 31.

¹⁸¹ Jfr. C-306/05 (*Rafael Hotels*), p. 37-39.; C-610/15 (*Stichting Brein*), p. 27.

¹⁸² Jfr. C-610/15 (*Stichting Brein*), p. 31.

¹⁸³ C-466/12 (*Reptriver*); C-348/13 (*BestWater*).

¹⁸⁴ Se bland annat: C-466/12 (*Reptriver*), p. 18.; C-348/13 (*BestWater*), p. 15.; C-160/15 (*GS Media*), p. 43.

omständigheterna, på något sätt förser sina kunder med tillgång till verk som är upphovsrättsligt skyddade kan anses utgöra en “överföring”.¹⁸⁵

Initialt tillfaller rätten att överföra ett NFT-knutet verk till allmänheten upphovsmannen, precis som för mer traditionella verk. Finns det däremot ett avtal med exempelvis en utgivare blir det avgörande huruvida rätten att dels skapa NFT:n¹⁸⁶, dels att överföra den till allmänheten omfattas av det avtal parterna upprättat. En överföring av det NFT-kopplade verket till allmänheten kan vara lovlig med hänsyn till att upphovsmannen, genom avtal eller dylikt, gett sitt medgivande om detta. Dock kan en sådan överföring även bli otillåten i händelse av att verket överförs till en ny (ej närvarande) publik, annan än den upphovsmannen initialt beaktade när tillståndet lämnades.¹⁸⁷

4.4 NFT och offentligt framförande

Den 14 april 2022 skrev Folkbladet om utställningen Somewhere Ethereal på Fotografiska i Stockholm, som var den första fysiska utställningen med kryptokonstverk.¹⁸⁸ Traditionellt faller en utställning av konstverk, eller vernissage, in under begreppet offentlig visning med hänsyn till dess natur. Kryptokonst, eller NFT, är däremot av en annorlunda natur och är värt att diskutera även i egenskap av offentligt framförande. För att det ska anses vara ett offentligt framförande är det en förutsättning att NFT:n uppfyller de uppställda kraven i 2 § 3 st. 2 p. URL. NFT-verket ska göras tillgängligt, med eller utan tekniskt hjälpmedel, för en allmänhet och på samma plats som den är.¹⁸⁹ I förarbeten till URL har det även uttalats att det är en förutsättning att verket har en utsträckning i tiden; en enskild bild, eller på annat sätt statiskt förfogande, är därför inte att anse som offentligt framförande – utan offentlig visning.¹⁹⁰

NFT:er kan, som nämns ovan, ta en rad olika former och är inte begränsade till stillbilder, vilket innebär att ett offentliggörande av rörliga NFT:er kan omfattas av bestämmelsen för offentligt framförande. Ett tydligt exempel på hur NFT-konst kan uppfylla kraven i 2 § 3 st. 2 p. URL följer av Mathieu Wothkes¹⁹¹ beskrivning av utställningen Somewhere Ethereal: “*En bild flyter över från den ena till den andra precis som tankar kan glida från*

¹⁸⁵ C-610/15 (*Stichting Brein*), p. 34.

¹⁸⁶ CMS Law-Now, 2021-04-22.

¹⁸⁷ C-403/08 och C-429/08 (*Premier League*), p. 197-200.

¹⁸⁸ Folkbladet, 2022-04-14.

¹⁸⁹ Jfr. Bruncevic & Käll, s. 36 ff.; Maunsbach & Wennersten, s. 85 ff.

¹⁹⁰ Prop. 2004/05:110, s. 57.

¹⁹¹ Curator på Fotografiska.

en till en annan, vilket skapar en känsla av naturligt flyt och stillhet".¹⁹² Bildernas rörliga moment är vad som utgör distinktionen från verk som istället ska omfattas av bestämmelserna för offentlig visning. De rörliga momenten, som förutsätter tekniska hjälpmedel, som ska framföras för en allmänhet närvarande på samma plats som det tekniska hjälpmedlet utgör även skäl för varför NFT:er ska omfattas av bestämmelsen i 2 § 3 st. 2 p. URL.

Som anges ovan, i avsnitt 3.3.3, har innehavaren av upphovsrätten en *exklusiv* rätt att på olika sätt göra verket tillgängligt för allmänheten – däribland offentligt framförande i enlighet med 2 § 3 st. 2 p. URL. Om någon annan än den som rättmätigen innehar ensamrätten framför ett verk olovligen utgör det intrång, även för NFT-knutna verk. Om en utställning där NFT-verk framförs istället faller in under undantaget för sluten personkrets ska bedömningen göras annorlunda, eftersom den inte längre uppnår kravet på *offentlighet*. Kravet för att påvisa att det de facto är tal om en sluten personkrets är som diskuterats i avsnitt 3.3.3 högt ställt och enligt HD ska bland annat kretsens storlek och bestämdhet beaktas, huruvida det finns ett krav på medlemskap eller att framförandet sker i ekonomiskt syfte beaktas även.¹⁹³

Innehavaren av NFT:n har således rätt att framföra verket, under förutsättning att det kan ske inom ramarna för det formulerade undantaget. Det framgår vidare inte om det endast är ägaren eller innehavaren av ett verk som har rätt att framföra det inför en sluten personkrets. Därmed bör det inte finnas hinder mot att någon, annan än skaparen eller köparen av NFT:n, framför verket, såtillvida framförandet omfattad av undantaget.

4.5 NFT och offentlig visning

En situation som kan tänkas uppstå i samband med NFT är att en ägare till ett NFT-knutet verk väljer att visa upp det eller ett exemplar av det. För att bestämmelsen om offentlig visning ska bli tillämplig får ett tekniskt hjälpmedel inte användas för visningen av NFT:n, då blir det istället tal om offentligt framförande i 2 § 3 st. 2 p. URL.¹⁹⁴ Således är det endast fysiska framställningar av NFT:er som omfattas av bestämmelsen i 2 § 3 st. 3 p. URL. Innehavaren av NFT:n får därmed framställa verket till en fysisk form som inte kräver ett digitalt hjälpmedel och visa det inom sin privata sfär utan att det utgör ett intrång i upphovsrätten.

¹⁹² Fotografiska, *Somewhere Ethereal*.

¹⁹³ Jfr. NJA 1988, s. 715.

¹⁹⁴ Jfr. Prop. 2004/05:110, s. 78 ff.

Undantaget till offentlig visning är inte heller begränsat till innehavaren av NFT:n, visning inom den privata sfären förutsätter inte ägandeskap av NFT:n och är därmed tillåtet för gemene man. Således blir det inte tal om ett intrång i händelse av att en person laddar ner en NFT, framställer ett fysiskt exemplar av den och sedan hänger upp detta för sig själv och sin slutna personkrets att begrunda. Däremot kommer undantaget med vissa begränsningar och i bestämmelsens första stycke finns en klassisk allmän princip som innebär att upphovsrätten stannar inom hemmet och ger utrymme för en mer vidsträckt nyttjanderätt.

Ytterligare ett problem som kan uppstå i förhållandet mellan NFT-marknaden och upphovsrätten är då verket (eller en kopia av det) först publiceras på nätet. Om upphovsmannen inte har gett sin tillåtelse till mintaren att publicera hans verk på NFT-marknaden innebär redan det initiala förfarandet ett intrång i upphovsmannens ensamrätt. I förarbetena har det diskuterats hur lagstiftaren ska förhålla sig till tillgängliggörande av verk på nätet, eftersom det inte endast är fråga om visning av ett fysiskt verksexemplar – det är istället tal om flera digitala skapanden av exemplar på vägen till en komplett överföring. Antingen skulle förfarandet innebära ett intrång i visningsrätten, eller i framföranderätten.¹⁹⁵ Dock råder det viss tveksamhet med hänsyn till det statiska förfogandet som i förarbeten tidigare redogjorts för som en skiljelinje mellan de två rättigheterna.¹⁹⁶ Bruncevic och Käll har i sin bok lyft att likheterna mellan visningsrätten och framföranderätten är ett faktum och att de båda, särskilt i den digitala miljön, går hand i hand och att osäkerheten fortsatt råder.¹⁹⁷

4.6 NFT, spridningsrätt och konsumtion

Rätten till spridningen av en NFT, tillhör likt för andra upphovsrättsligt skyddade verk, upphovsmannen. När verket har överlåtits är det således fritt att sprida exemplaret vidare, under förutsättning att det har skett med upphovsmannens tillåtelse. För NFT-marknaden innebär detta att när en upphovsman antingen själv publicerar sitt verk som en NFT eller förmår någon annan att göra det, får det exemplaret av verket (den specifika NFT:n) spridas vidare. Motsatsvis innebär detta att NFT:er som publicerats på marknaden utan

¹⁹⁵ Bruncevic & Käll, s. 39.

¹⁹⁶ Prop. 2004/05:110, s. 57 ff.

¹⁹⁷ Bruncevic & Käll, s. 39.

upphovsmannens samtycke – och utan att upphovsmannen själv har överlåtit exemplaret – och sprids vidare utgör ett intrång i upphovsmannens ensamrätt.

När en NFT publiceras på marknaden och har bjudits ut är det tillräckligt för att bestämmelsen i 2 § 3 st. 4 p. URL ska bli tillämplig, att spridningen inte är fullbordad är inte en förutsättning för att upphovsmannen ska få ingripa mot spridningen.¹⁹⁸ Däremot är det viktigt att tillägga att upphovsmannens rätt att kontrollera spridningen av sitt verk endast är knuten till *fysiska* verksexemplar. Trådlösa spridningar av exemplar som sedan skrivs ut av mottagaren omfattas inte – då är det istället tal om intrång i upphovsmannens ensamrätt som avser överföring och sedan exemplarframställning.¹⁹⁹ Detta innebär att när en NFT sprids på den digitala marknaden, kan den laddas ned av en mottagare, för att senare skrivas ut som ett exemplar. Förfogandet utgör således inte ett intrång i spridningsrätten – utan i överförings- och exemplarframställningsrätten.

Konsumtionsreglerna i 19 och 20 §§ URL ska som sagt omfatta *fysiska* föremål, enligt EUD. Huruvida digitala verk likt NFT:er, *digitala* föremål, ska omfattas av konsumtionsreglerna ter sig inte självklart. Däremot menar jag, med hänsyn till vad som anförts ovan om upphovsrättens modernisering och lagstiftarens vilja att omfatta alla former av konst, att det inte ska föreligga hinder mot att även digitala exemplar ska omfattas av konsumtionsreglerna i någon utsträckning. Konsumtionsreglerna, för såväl spridningsrättens som för visningsrättens vidkommande, skulle således innebära att verksexemplaret i NFT:n, under förutsättning att den givits ut lovligen, ska vara fritt för köparen att sälja vidare, låna ut, sprida eller visa upp.

4.7 NFT och ideell rätt

Det är en vanligt förekommande, likväl felaktig, uppfattning att upphovsrätten till det NFT-knutna verket följer NFT:n i samband med överlåtelsen av den. I sin tur är uppfattningen hos många att förvärvet innebär att innehavaren av NFT:n även är innehavaren av ensamrätten som upphovsrätten innebär. Detta däremot är, likt tidigare har nämnts och troligen till många NFT-köparens besvikelse, inte verkligheten.²⁰⁰ 27 § 2 st. URL stadgar att överlåtelsen av exemplar i sig inte innebär en överlåtelse av upphovsrätten. Som innehavare av en NFT tillkommer rätten att sälja, ge bort eller låna ut

¹⁹⁸ C-516/13 (*Dimensione Direct Sales*).

¹⁹⁹ Jfr. Olsson & Rosén, kommentar till 2 § URL.

²⁰⁰ Delphi tech blog, 2021-10-07.

verket – detsamma som gäller för fysiska verk. Däremot undantas i 19 § URL rätten att skapa nya kopior eller på annat sätt göra intrång i upphovsmannens ideella rätt.²⁰¹

Ett problem som Renman Claesson identifierat är då en mintare skapar en NFT och sen dels skriver in sig i kontraktet som den rättmätige innehavaren av upphovsrätten knuten till verket i NFT:n, dels som mottagare av framtida royalty. Upphovsmannen riskerar då mista såväl ersättning för när NFT:n används och/eller säljs, som upphovsrätten till verket.²⁰² Inte nog med att den ekonomiska rätten tillfaller annan än upphovsmannen, dessutom kan upphovsmannen mista sin ideella rätt till sitt originalverk vilket NFT:n är skapat på.

Bijan Stephen har identifierat problematiken som uppstår när det inte finns något skydd mot att kopior skapas och sedan säljs som en NFT. I syfte att i kontrollera vad som publiceras blir det upp till upphovsmännen själva att söka sig runt på NFT-marknader och identifiera piratkopior.²⁰³ Vem som helst kan idag därmed skapa en NFT av ett verk och sedan ge intrycket av att det skulle vara ett original. Problemet som då uppstår är att upphovsmannens rätt att bli namngiven negligeras och mintaren eller ägaren till NFT:n kan ta åt sig äran.²⁰⁴ Utöver att handeln med verk på NFT-marknaden kan innebära intrång i en upphovsmans ideella rätt på så vis att verket i sin helhet används utan dennes tillåtelse, finns det en risk att delar av ett verk används olovligen. Även detta kan innebära ett intrång i upphovsmannens ensamrätt, framför allt i den ideella rätten om upphovsmannen inte namnges och inte ges uppmärksamhet för sin del av verket.²⁰⁵

Ytterligare ett problem som uppkommer är att det blir allt lättare att ändra verk med hjälp av nya tekniker. Såväl exemplarframställningsrätten som överföring- eller framförelserätten riskerar att bli lidande i samband med att ändringar görs i skyddade verk. Tack vare upphovsmannens exklusiva rätt har hen möjlighet att agera mot intrång i den ideella rätten genom ändringar i verken företas. Däremot är det en förutsättning att ändringen är att anse som kränkande, vilket ska bestämmas dels utifrån upphovsmannens syn på saken, dels med hjälp av en objektiv bedömningsgrund.²⁰⁶ Det blir således upp till domstolen att avgöra huruvida det föreligger en kränkning av upphovsmannens ideella rätt och isåfall dess allvarlighet.

²⁰¹ Delphi tech blog, 2021-10-07.

²⁰² Renman Claesson, Konstnärernas riksorganisation.

²⁰³ Stephen, The Verge.

²⁰⁴ Se Blixt, Breakit.

²⁰⁵ Jfr. Olsson & Rosén, kommentar till 3 § URL.

²⁰⁶ Olsson, s. 138.

I danska Østre Landsretten har det konstaterats att en beskärning av en film, där den svarta ramen runt bilden tagits bort vid visning av den, är en sådan åtgärd som i sig kan anses utgöra en kränkning av upphovsmannens ideella rätt. Enligt domstolen var åtgärden att anses som så pass omfattande att viktiga karakteristiska element försvunnit och att verket blivit "lemläst" ²⁰⁷ samt att åtgärderna företagits utan tekniskt behov för det. I målet hade regissören eftergett sin rätt, vilket innebar att han inte kunde göra intrånget gällande, däremot är domstolens motivering ändå av betydelse för intrångsfrågan i fallet. ²⁰⁸

I syfte att hedra upphovsmannen och hans *droit de la paternité* kan skaparen av en NFT namnge upphovsmannen i beskrivningen till NFT:n. ²⁰⁹ Det skulle innebära en åtgärd som lätteligen kan vidtas av skaparen och som kan bli lösningen på några av de problem som kan tänkas uppstå vad avser den ideella rätten. I händelse av att NFT:n fortsatt byter ägare kommer det alltså i varje fall framgå av objektsbeskrivningen vem den rättmätige upphovsmannen till verket är. En fundamental bestämmelse inom upphovsrätten är att även om reglerna om fria utnyttjanden i 2 kap. URL tillämpas, ska upphovsmannens namn och verkets ursprung anges i enlighet med 11 § URL. ²¹⁰ Även när ett otillåtet utnyttjande av annans verk vidtas föreligger en skyldighet för användaren att ange upphovsmannen. Förutom att det annars utgör ett intrång i upphovsmannens ideella rätt kan det även utgöra ett intrång i den ekonomiska rätten som en följd av att upphovsmannen riskerar att gå miste om ekonomiska medel som skulle tillfallit hen. ²¹¹

Gemensamt för ensamrätterna är, som har redogjorts för i avsnitt 3.2, att de tillfaller upphovsmannen, tillhör hen tills dagen hen dör och varar sedan i ytterligare 70 år. Efter att 70 år har passerat anses verket vara fritt för allmänheten att använda. ²¹² Således innebär detta att ett frigjort verk kan mintas till en NFT och i sin tur säljas på NFT-marknaden utan risk för att förfogandet ska utgöra ett intrång i upphovsmannens ensamrätt. Däremot är respekträtten fortsatt gällande och ska beaktas, även om upphovsmannen inte längre är i livet. Precis som för traditionella konstverk ska respekt visas upphovsmannen, under hans livstid och efter hans död. Även NFT-verk får skapas som parodier och travestier, under samma förutsättningar som för mer "traditionell"

²⁰⁷ Min översättning från "lemlæstet" på originalspråket danska.

²⁰⁸ NIR 2000, s. 239.11.

²⁰⁹ Lessard, Renno&Co.

²¹⁰ Olsson, s. 136.

²¹¹ Olsson, s. 136.

²¹² Se Skyddsdirektivet 2006/116/EG.

konst.²¹³ Om inte bestämmelserna om vad som får anses utgöra en parodi eller travesti efterföljs, utan NFT:n snarare är kränkande gentemot upphovsmannen så kan det sedermera utgöra intrång i upphovsmannens ideella rätt. Har upphovsmannen avlidit ska en bedömning av huruvida någons handlande utgjort en kränkning ske utifrån hur hans personlighet förmedlats i verket.²¹⁴

4.8 Överlåtelse av NFT och följerätt

Kontrakten vilka följer NFT:er och som innehåller de villkor som bestäms mellan upphovsmannen och mintaren har idag inget bra namn, dock väljer Katarina Renman Claesson²¹⁵ att använda termen “NFT-licens” för att beskriva dessa. Behovet bakom en form av licens är, som Renman Claesson identifierat, ett faktum då allt fler plattformar för NFT:s idag tar ner NFT-kopplade verk som inte har ett upphovsrättsligt tillstånd i form av en licens. När NFT introducerades som en nyhet förbisågs de upphovsrättsliga aspekterna och många mintare insåg inte att det de facto finns en risk för intrång då en NFT mintas från ett verk som är upphovsrättsligt skyddat. I takt med att juridiken kommit ikapp fenomenet har förståelsen härav ökat; många innehavare av NFT utan särskilt kontrakt – eller *licens* – riskerar därför förlora möjligheten att använda eller sälja vidare den.²¹⁶

I syfte att skydda upphovsmannen till verket vilket NFT:n ska tillverkas på är en licens ett alternativ som kan vara gynnsamt för såväl upphovsmannen, som för mintaren. Vad som är nödvändiga villkor att ha med i ett sådant kontrakt är inte helt självklart, det blir upp till avtalsparterna själva att bedöma. Några villkor som Renman Claesson menar kan vara viktiga att ha med är bland annat vem som ska ta emot framtida royalty, vilken eventuell ersättning som ska utges till skaparen av NFT:n samt villkor för användandet av verket NFT:n skapats på. Som upphovsman kan det vara intressant att själv ta fram en NFT på sitt verk och om upphovsmannen inte vet hur processen går till kan en form av rådgivare anlitas. Viktigt, menar Renman Claesson, är dock att rådgivaren inte ska stå som mottagare av royalty i NFT-kontraktet, då det fortsatt är upphovsmannen som är tillverkaren och således den rättmätige mottagaren av royaltyn vid framtida försäljningar. Kontraktet mellan upphovsmannen och rådgivaren blir istället ett avseende uppdraget, inte som en del av NFT-processen.²¹⁷

²¹³ Jfr. SOU 1956:25, s. 124.

²¹⁴ Jfr. NJA 1975 s. 679.

²¹⁵ Katarina Renman Claesson, förbundsjurist.

²¹⁶ Renman Claesson, Konstnärernas riksorganisation.

²¹⁷ Renman Claesson, Konstnärernas riksorganisation.

Om en person annan än upphovsmannen är delaktig i processen kan det bli aktuellt att sluta en överenskommelse som avser dels ersättning för arbetet, dels framtida intäkter vid eventuella försäljningar. Detta innebär inte nödvändigtvis att personen ska inkluderas i kontraktet och därför omfattas av royaltyn, enligt Renman Claesson bör endast upphovsmannen vara knuten till royaltyn.²¹⁸ I händelse av att någon annan än upphovsmannen önskar göra en NFT av ett verk är det viktigt att ett kontrakt upprättas. Om ett kontrakt finns knutet till en NFT ska detta dessutom omfatta endast nyttjandet av upphovsrätten till det specifika verket – det innebär således *inte* en fullständig överlåtelse av upphovsrätten.²¹⁹ Mintaren får enligt villkoren i kontraktet skapa en NFT knuten till verket utan att det anses utgöra ett intrång i upphovsrätten, samt att upphovsrätten fortsatt tillhör upphovsmannen.

För köparen av NFT blir det väsentligt att förstå vilka rättigheter hen får i samband med sitt köp av ett digitalt verk; särskilt då äganderätten endast omfattar fysiska objekt och inte digitala sådana. De rättigheter som kan aktualiseras blir då ensamrätter för användandet av det digitala verket, ensamrätter vilka bestäms utifrån kontrakt eller liknande och därför kan vara unika från en NFT till en annan. Det står således inte klart för en köpare vilken omfattning ensamrätten har av ett verk då det kan skilja sig väsentligen mellan två NFT:er. Ett problem som ger upphov till behovet av standardavtal eller dylikt för att säkerställa att köparen vet vad hen får med sitt köp. Behovet är även stort med hänsyn till intresset av att skydda ensamrätten från tredje part som annars riskerar hävda att hen har andra ensamrätter till samma originalverk.²²⁰

Huruvida följerrätten i 26 n–q §§ URL ska omfatta NFT-handeln menar jag är ostridigt, med hänsyn till den generösa formuleringen i såväl URL som i följerrättsdirektivet.²²¹ Bestämmelserna i URL som avser följerrätten uttrycker inget hinder mot att upphovsmän till digitala verk ska tillerkännas ersättning för sitt verk i samband med att det överläts. Detta ska således innebära att upphovsmannen till ett verk som antingen initialt publicerat det i en NFT, eller senare låtit det mintas till en NFT, sedermera ska få ersättning för sitt verk i samband med att det överläts av en yrkesmässigt verksam aktör. Det ska tilläggas att förutsättningen fortsatt är att verksexemplaret inledningsvis har överlåtits med upphovsmannens samtycke, samt inom giltighetstiden.

²¹⁸ Renman Claesson, Konstnärernas riksorganisation.

²¹⁹ Jfr. CMS Law-Now, 2021-04-22.; Renman Claesson, Konstnärernas riksorganisation.

²²⁰ Jfr. CMS Law-Now, 2021-04-22.

²²¹ Jfr. avsnitt 3.3.5 om spridningsrätt.

En av nackdelarna med följerätten är att den inte omfattar överlåtelser privatpersoner emellan. NFT:er kan skapas, publiceras och säljas av såväl yrkesmässiga inom konstmarknaden som av privatpersoner. Begränsningen i följerätten innebär att när en NFT säljs på NFT-marknaden, av någon som inte är att anse som “yrkesmässigt verksam aktör”, eller då det inte är en förmedlare inblandad, faller rätten till ersättning för upphovsmannen bort. Risker för upphovsmannen att inte få ersättning för sitt verk minskar tack vare de tekniska egenskaperna hos NFT:er som gör de spårbara. Möjligheten att spåra NFT:n gör det möjligt för upphovsmannen att följa den även när ägandeskapet förändras. Vidare innebär spårbarheten att om det finns en yrkesmässigt verksam aktör inblandad i transaktionen, antingen som köpare, säljare/skapare eller förmedlare, ger det upphov till ersättning för upphovsmannen.

5 Avslutande analys och slutsats

För att uppfylla syftet med undersökningen ska, i detta avslutande kapitel, uppsatsens frågeställningar besvaras. Digitala konstverk har onekligen fått ett uppsving de senaste åren och trenden ger knappast intryck av att sakta ned. Det är således av väsentlig betydelse att ge en ökad förståelse för de utmaningar som upphovsmän står inför i takt med att en ny, ibland konkurrerande, marknad etablerar sig. Upphovsmän har en grundlagsstadgad rätt till sina verk, vilken omfattar verk placerade i NFT:er. Ensamrätten till vad som ska anses vara resultatet av en upphovsmans andliga odling ska vara självklar, oberoende av vilken form verket tar.

Det är, med hänvisning till den utredning som gjorts i uppsatsen, enligt mig ostridigt att NFT:er är bärare av digitala representationer av upphovsrättsligen skyddsbara verk. I NFT:er antingen skapas eller lagras information, som i en eller annan form uppnår kravet på verkshöjd. Detta innebär sedermera ett skydd för verket enligt URL. Skapandeprocessen av ett NFT-verk innehåller sådana element som kan jämföras med skapandet av andra upphovsrättsligt skyddade verk. I processen finns en upphovsman, som på samma sätt som i skapandet av ett traditionellt verk har framställt ett verk. Under förutsättning att verket uppnår det formulerade kravet på verkshöjd, samt är en kreation av upphovsmannens intellekt, ska det oavsett form anses vara ett verk värt skydd i URL:s mening – oavhängigt dess digitaliserade form.

På samma sätt som en CD-skiva är en bärare av upphovsrättsligt skyddade musikaliska verk, eller DVD-skivor med filmverk, är NFT:er bärare av skyddade verk av olika slag. Att överlåtelser av NFT:er sker digitalt innebär inte i sig att det skulle vara annorlunda från en mer traditionell överlåtelse; verken säljs eller auktioneras bort på samma sätt som många av dagens konstverk gör. Det faktum att säljaren av verket inte alltid är upphovsmannen själv innebär i sig inte heller ett problem, under förutsättningen att säljaren i sin tur har förvärvat verket på laglig väg. Sett ur köparens perspektiv är det möjligt att förvärva verk på NFT-marknaden som är lovligen skapade och överförda. Samtliga transaktioner som omfattar NFT:er ska därför inte per automatik antas göra upphov för upphovsrättsliga problem. Däremot är risken för att så sker ett faktum.

NFT-marknaden är tack vare dess digitalisering ett i tiden, med processens enkelhet; både ur säljarens och köparens perspektiv. Således dras många till fenomenet och

kortfattat går det att konstatera att det vanligen finns tre primära aktörer i samband med NFT-transaktioner:

- en upphovsman
- en skapare eller “mintare”
- och en köpare

Dessa tre kan i sin tur inneha olika typer av rättigheter, antingen sådana som uppstår automatiskt eller som uppkommit genom avtal parter emellan. Upphovsmannens rätt i fråga om NFT är densamma som för en upphovsman till ett traditionellt verk – den ekonomiska såväl som den ideella tillfaller hen genom verkets uppkomst. Det finns därmed inget registreringskrav för digitaliserade verk. Upphovsmannens ensamrätt till verket i sitt ursprungliga skick är absolut och omfattar samtliga potentiella förfoganden över det. Däremot innebär inte detta att upphovsmannen inte är fri att låta någon annan skapa en NFT av sitt verk. Upphovsmannen kan, genom avtal, överlåta skapandeprocessen till någon annan och ge denna i uppdrag att minta verket till en NFT. Uppdraget i sig innebär dock inte att skaparen (mintaren) erhåller upphovsrätten till NFT:n – den tillhör fortsatt upphovsmannen. Det är däremot möjligt för upphovsmannen om hen så önskar att överlåta den ekonomiska rätten till skaparen, antingen delvis eller i sin helhet. En sådan överenskommelse till trots tillhör den ideella rätten till verket fortsatt upphovsmannen, denna är i enlighet med 3 § URL’s bestämmelser inte överlåtningsbar.

Likt har redogjorts för ovan är det varken en garanti eller en förutsättning att skaparen, eller mintaren, av en NFT är upphovsmannen själv. I praktiken är det möjligt för vem som helst att använda ett befintligt verk och knyta det till en NFT, publicera det på marknaden och i sin tur bjuda ut till försäljning. Ett förfarande som kan ske utan såväl upphovsmannens som köparens vetskap. Skaparen (mintaren) av en NFT, som varken är upphovsmannen till verket eller genom avtal har rätt att förfoga över verket, har ingen rätt att skapa en NFT på det. Skapandet strider mot såväl de ekonomiska som de ideella ensamrätterna och innebär därför ett intrång i upphovsmannens lagstiftade ensamrätt i URL. Ett förfarande som i sin tur ger upphov för att skaparen sanktioneras.

Skaparen innehar inte upphovsrätten till det knutna verk vare sig innan, eller efter, det publicerats som en NFT. Vilket är oberoende av om skapandeprocessen initialt företagits av skaparen eller upphovsmannen. Vid avsaknad av ett avtal eller liknande som tillförsäkrar skaparen rättigheter finns det ingen, i URL stadgad, upphovsrätt för digitala versioner av redan skyddade verk. En möjlighet för en skapare att få upphovsrätten till sin NFT är om den är ett självständigt verk, exempelvis som en parodi eller travesti.

Skaparen kan, genom att ändra eller bearbeta ett redan existerande och upphovsrättsligt skyddat verk, skapa ett nytt verk som i sin tur lagligen kan knytas till en NFT – till vilken hen blir upphovsmannen. Därefter är skaparen fri att förfoga över sitt verk som hen önskar, med samtliga ensamrätter som tillfaller en upphovsman. Allt i enlighet med bestämmelserna i URL.

Köparen som i sin tur blir ägaren av NFT:n åtnjuter samma rättigheter som en ägare av fysisk, eller mer traditionell, konst likt en tavla. Däremot är det en förutsättning att verket bjudits ut lovligen. Köparens goda tro kommer i sig inte läka att det gjorts ett intrång i upphovsmannens ensamrätt innan hen köpte NFT:n, finns det ett intrång någonstans i processen så är verket inte lagligt. Köparens innehav av en lagligen utgiven NFT innebär inte per automatik ensamrätt till verket, varken ekonomiskt eller ideellt. Som innehavare av en NFT äger köparen rätten att låna ut eller sälja den vidare, samt rätten att kalla sig rättmätig ägare till det specifika digitala verksexemplaret. Därtill får köparen rätten att förfoga över verket i enlighet med URL's bestämmelser i 2 kap. om inskränkningar i upphovsrätten. Ägarbeviset som tillkommer köparen i samband med köpet av en NFT innebär inte ett hinder mot att andra exempelvis laddar ner verket eller skärmdumpar det för privat bruk. Ägandeskapet innebär, som har redogjorts för i avsnitt 2.2, dessutom inte att verket inte finns i fler upplagor, det innebär endast att köparen äger den specifika upplagan av NFT:n. Därmed ska det förtydligas att ägandeskapet inte ger köparen befogenhet att hindra upphovsmannen, eller skaparen av NFT:n, från att skapa fler NFT:er likt den hen nu äger.

Risken för upphovsmannens ensamrätt att bli lidande är ett faktum i handeln med NFT och de bidragande faktorerna är troligen fler än de som formulerats som exempel i kapitel 4. Det finns inget sätt för NFT-marknaden att idag verifiera att den som skapar och publicerar en NFT på marknaden har rätten att göra det i egenskap av upphovsman till verket. En initial lösning på problemet skulle tänkas vara att administratörerna på plattformarna inför mer långtgående kontroller. På så vis undersöks och verifieras NFT:erna innan de publiceras på blockkedjorna för att tillförsäkra att de är skapade av, eller åtminstone med, godkännande från upphovsmannen själv. En sådan kontroll är säkerligen svår att genomföra i praktiken, framförallt då ett av marknadens viktigaste syften är simpliciteten i skapandeprocessen och i sin tur publiceringen av NFT-verken. Däremot skulle en kontroll eller verifieringsprocess innebära ett starkare skydd för samtliga inblandade aktörer. Upphovsmannen bibehåller den lagstiftade ensamrätten att själv förfoga över sitt verk som hen önskar samt kan utöva kontroll över vad som fortsatt händer med det digitala verket.

Skaparen bakom en NFT kan också gynnas av ett starkare skydd på NFT-marknaden. Då det enligt min uppfattning är naivt att anta att samtliga skapare bakom olovliga NFT:er har mintat de skyddade verk uppsåtligen. Kombinationen av simpliciteten i skapandeprocessen och den, tack vare internet, ökade tillgången till material innebär att vem som helst kan skapa en NFT – av vad som helst. Utan fördjupade kunskaper om upphovsrätt och vad ensamrätt innebär kan en skapare minta ett verk, omedveten om att handlandet utgör ett intrång i upphovsmannens ensamrätt. Utökade kontroller skulle innebära att mintingen av ett verk i ett tidigt skede kan stoppas från att bjudas ut på den öppna plattformen. En striktare kontroll av NFT-marknaden kan därför hjälpa till med att fånga upp och stoppa omedvetna skapare innan dem faktiskt begår ett intrång.

Sedermera kan även köpare på NFT-marknaden främjas av en mer omfattande kontroll. En köpare kan riskera förvärva en NFT i tron om att den dels är lovligen utgiven, dels är ett originalverk; en förfarande som kan bli väldigt dyrt. I händelse av att det framkommer att det förvärvade NFT-verket inte är lovligen utgivet, kommer den goda tron hos köparen vara utan verkan. Vidare kan upptäckten att verket inte är ett original eller ens utgivet av upphovsmannen, som kanske är en känd skapare och vars verk således har ett stort värde, stå köparen dyrt. Tack vare en marknad där det utövas långtgående kontroller kan köparen skyddas från att begå sådana misstag som här redogjorts för. Resultatet av en striktare kontroll kan innebära ett minskat utbud av NFT:er, vilket för många kan vara en besvikelse. Däremot bildas en trygghet för de verksamma aktörerna på NFT-marknaden som innebär att samtliga vet vad de ger sig in i – samt vilka rättigheter de har.

En alternativ lösning kan vara att upphovsmannen, om det är hen som mintar NFT:n, knyter ett särskilt avtal till verket, som uttryckligen fastställer upphovsmannens ekonomiska rättigheter (exempelvis följerätt) och som framförallt bibehåller rätten till att namnges som upphovsman till verket. Skulle upphovsmannen överlåta mintingen till någon annan, kan ett liknande avtal innebära att skaparen får kännedom om vilka eventuella rättigheter eller begränsningar hen omfattas av. Köparen av verket ges således möjligheten att med säkerhet veta att verket har överlåtits lovligen, samt ges en bättre möjlighet att känna till vilka förfoganden över verket som är tillåtna. En sådan lösning skulle innebära mer tydlighet för de verksamma aktörerna på NFT-marknaden och förhoppningsvis minska risken för att intrång i upphovsmannens ensamrätt begås.

Ett urplock av de risker som jag i mitt undersökningsarbete har identifierat är bland annat de skador som upphovsmannen riskerar att lida som en följd utav att gå miste om sina

ekonomiska och ideella rättigheter. Även skaparen av en NFT, givet att det inte är upphovsmannen själv som har skapat (mintat) verket, riskerar att bli lidande som en följd av ovisshet. Därutöver är det riskfyllt för en köpare som förvärvar ett verk i tron om att det dels innebär full rådighet över verket, dels upphovsrätt till det och som senare kan riskera att bli lidande till följd av sanktioner utlösta av intrånget i upphovsmannens ensamrätt.

Då det nu är visat att NFT-marknaden utgörs av verk som är upphovsrättsligen skyddade går det att sammanfattningsvis konstatera att användningen av ett skyddat verk i en NFT kan utgöra en rad olika intrång i upphovsmannens ensamrätt. Först och främst innebär mintaren eller skaparens förfarande intrång i upphovsmannens ekonomiska ensamrätt till verket genom att olovliga exemplar av det framställs, verket överförs till allmänheten, sprids, framförs eller visas offentligt. Beroende på tillvägagångssättet för publiceringen av NFT:er kan flera intrång aktualiseras samtidigt, samtliga olovliga vid avsaknaden av godkännande från upphovsmannen.

Vidare, kan innehavaren av en NFT i sin tur genom sitt förfogande riskera begå intrång i upphovsmannens ensamrätt. Intrång kan göras på samma sätt som vid fysiska verk; den ekonomiska ensamrätten kan äventyras och även den ideella. I händelse av att det finns ett avtal som följer NFT:n är det de formulerade bestämmelserna i avtalet som är giltiga i den utsträckning som framgår, all användning därutöver utgör intrång i upphovsmannens ensamrätt. Innehavarens rättigheter är som diskuterat begränsade och innebär initialt endast äganderätten till den digitala representationen av ett verk, skyddet för innehavaren blir då endast att hen kan hävda sin rätt till sagda digitala verk.

Utöver skaparen och innehavaren av en NFT kan även den som laddat ned NFT:n genom sitt handlande göra intrång i upphovsmannens ensamrätt, på samma sätt som exemplifieras ovan. I avsnitt 2.2 föreskrivs att vem som helst kan ladda ner eller skärmdumpa ett NFT-verk, på så vis är det även möjligt för denne att exempelvis sprida bilden, framställa exemplar av den eller liknande. Något som, för samtliga inblandade som inte är att anses som upphovsmän, utgör intrång i URL's mening och således är otillbörligt användande.

Om ett NFT-knutet verk istället anses vara ett självständigt verk i lagens mening, exempelvis genom ändring, bearbetning, parodi eller travesti av ett originalverk, kan det användas utan risk för att utgöra ett intrång. Skaparen eller mintaren är då fri att disponera över verket på NFT-marknaden och är även rättmätig upphovsman till det med

tillhörande ensamrätter. En senare försäljning av NFT:n till en annan innehavare innebär då inte ett intrång i sig då det är upphovsmannen som själv sålt verket vidare. Innehavarens situation är dock oförändrad i förhållande till om verket istället hade publicerats olovligt på marknaden och sedan förvärvat. Även om innehavaren av en NFT förvärvat ett verk som publicerats lovligen, innebär inte det i sig att innehavaren är att fri att använda det som hen önskar; upphovsrätten tillhör fortsatt upphovsmannen och all användning som strider mot URL är att anse som intrång i dennes ensamrätt.

Likt för traditionella verk finns det en rad förfoganden som kan innebära intrång i upphovsmannens ensamrätt – såväl den ekonomiska som den ideella eller både och. Det gäller för såväl skaparen av NFT:n som för köparen som sedan blir innehavaren av det digitala verket. Listan över möjliga intrång kan sannolikt göras längre än den som jag valt att exemplifiera i denna uppsats och jag är övertygad om att det finns mycket kvar att utreda i frågan om fenomenet kallat NFT. Min intention med uppsatsen har varit att presentera de möjliga intrång som kan aktualiseras i fråga om verk på NFT-marknaden med stöd av den kunskap som finns att tillgå i svensk lagstiftning och praxis.

Trots de frågetecken som fortsatt finns avseende NFT-verks plats i URL:s bestämmelser, finner jag inget tvivel om att NFT-marknaden bara är i en uppstartsfas. En digital marknad för konstnärer, fotografer och andra kreatörer är inte bara ett i tiden, utan också i stora drag främjande för samtliga aktörer på konstmarknaden. Som säljare innebär den digitala marknaden en möjlighet till en global publik och potentiell kundkrets som inte kräver omfattande fysiska åtaganden såsom visning, försändning eller liknande. Köparen får i sin tur tillgång till en större mängd och variation av verk, som kan införskaffas lätteligen över internet. Jag menar därför att vi kan förvänta oss att NFT:er är här för att stanna, om än under mer reglerade former som kan skydda upphovsmannen från otillbörliga intrång. Därutöver kan ett potentiellt skydd eller exklusivitetsgaranati för innehavaren av NFT:n vara aktuellt att införa i syfte att skydda även köparens rätt till verksexemplaret hen har förvärvat – om det har gjorts lovligen.

Sammanfattningsvis får uppsatsens slutsats därför konstateras inte vara mer slagkraftig än att den är ett exempel på hur upphovsrätten, i förhållande till NFT:er, befinner sig i en ständig förändring. Jag vill mena att min undersökning är ett bevis på att även om lagstiftaren ämnat att, tack vare öppna och förlåtande formuleringar, lämna utrymme för modernisering i URL så är inte arbetet slutfört. Det är min uppfattning att upphovsrätten fortsatt kommer att präglas av den moderna tiden och digitaliseringen; vilket innebär, eller kommer att innebära, en rad prövningar för de som är verksamma på området.

Huruvida mina slutsatser är de enda riktiga eller slutgiltiga är högst otroligt, det är dock min förhoppning att de väckt en nyfikenhet för nutidens konsthandel, dess potential samt de möjliga prövningar den står inför.

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

Offentligt tryck

Europeiska gemenskapens direktiv

Följerättsdirektivet 2001/84/EG.

Skyddsdirektivet 2006/116/EG.

Propositioner

Prop. 1960:17

Prop. 1975/76:209

Prop. 1994/95:151

Prop. 2004/05:110

Prop. 2006/07:79

Svensk författningssamling

SFS 2018:604

Utredningsbetänkanden

SOU 1956:25 *Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk*

Lagkommentarer

Jermsten, Henrik, *Regeringsformen (1974:152)*, kommentar till RF, Lexino, senast genomgången: 1 januari 2022.

(Besökt 2022-03-17).

Olin, Anders, *Upphovsrättslagen (1960:729)*, kommentar till URL, Karnov (JUNO).

(Besökt 2022-04-25).

Olsson, Henry & Rosén, Jan, *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar. 4., [rev.] uppl.*, uppdaterad 2019-01-15, (Stockholm: Wolters Kluwer, 2016).

Litteratur

Bruncevic, Merima & Käll, Jannice, *Modern immaterialrätt*, (Stockholm: Liber AB, 2016).

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, (SvJT. s. 1–10, 2004).

Kleineman, Jan, "Rättsdogmatisk metod". I: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red), *Juridisk metodlära*, 2. uppl., (Lund: Studentlitteratur AB, 2018).

Levin, Marianne med Hellstadius, Åsa, *Lärobok i immaterialrätt*, 12. uppl., (Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2019).

Maunsbach, Ulf & Wennersten, Ulrika, *Grundläggande immaterialrätt*, 4. uppl., (Malmö, Glerups Utbildning AB, 2018).

NJA II 1961 s. 62.

Olsson, Henry, *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt*, 10. uppl., (Stockholm: Norstedts juridik AB, 2018).

Sandgren, Claes, *Rättsanalytisk metod. En väg framåt?*, i: Karnell, Gunnar, *Liber amicorum Jan Rosén*, (Visby: eddy.se, 2016).

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 4 uppl., (Stockholm: Norstedts juridik, 2018).

Elektroniska källor

Anna, Hellgren, *Dumma bilder på apor är nu värda mer än Zorn*, Expressen, 31 januari 2022.

<https://www.expressen.se/kultur/anna-hellgren/dumma-bilder-pa-apor-ar-nu-varda-mer-an-zorn/>

(Besökt 2022-02-02).

Blixt, Tobias, *Vad är NFT och hur köper man det? Här är en guide till kryptoboomen*, Breakit.se, 15 mars 2021.

<https://www.breakit.se/artikel/28244/vad-ar-nft-och-hur-koper-man-det-har-ar-en-guide-till-kryptoboomen>

(Besökt 2022-04-17).

Brooke, Connor, *Best NFT Marketplace – Where to Buy NFTs*, Business 2 Community, 13 april 2022.

<https://www.business2community.com/nft/best-marketplaces>

(Besökt 2022-04-15).

Chinlund, Gregory J. & Gordon, Kelley S., *What are the copyright implications of NFTs?*, Reuters, 29 oktober 2021.

<https://www.reuters.com/legal/transactional/what-are-copyright-implications-nfts-2021-10-29/>

(Besökt 2022-03-04).

CMS Law-Now, *Legal challenges of “non-fungible tokens” (NFTs)*, 22 april 2021.

https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2021/04/legal-challenges-of-non-fungible-tokens-nfts?cc_lang=en

(Besökt 2022-02-04).

Collins dictionary, *The collins word of the year 2021 is....*

<https://www.collinsdictionary.com/woty>

(Besökt 2022-01-29).

Conti, Robyn & Schmidt, John, *What is an NFT? Non-fungible tokens explained*, Forbes Advisor, 15 februari 2022.

<https://www.forbes.com/advisor/investing/nft-non-fungible-token/>

(Besökt 2022-02-20).

Dash, Anil, *NFTs weren't supposed to end like this*, The Atlantic, 2 april 2021.

<https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2021/04/nfts-werent-supposed-end-like/618488/>

(Besökt 2022-05-17).

Delphi Tech Blog, *Vad är Non-fungible tokens?*, 7 oktober 2021.

<https://www.delphi.se/sv/tech-blog/vad-ar-non-fungible-tokens/>

(Besökt 2022-03-17).

Ek, Henrik, *Världens största kryptobörs öppnar i Sverige*, DI, 4 april 2022.

<https://www.di.se/digital/varldens-storsta-kryptobors-oppnar-i-sverige/>

(Besökt 2022-04-06).

Folkbladet, *Första NFT-utställningen på fotografiska*, 14 april 2022.

<https://www.folkbladet.nu/2022-04-14/forsta-nft-utstallningen-pa-fotografiska>

(Besökt 2022-04-15).

Fotografiska, *Somewhere Ethereal*.

<https://www.fotografiska.com/sto/utstallningar/somewhere-ethereal/>

(Besökt 2022-05-19)

Jørgensen, Fredrik, *Hur köper jag en NFT?*, Rättsakuten.

<https://www.rattsakuten.se/hur-koper-jag-en-nft/>

(Besökt 2022-02-27).

Jørgensen, Fredrik, *Vad är en NFT?*, Rättsakuten.

<https://www.rattsakuten.se/vad-ar-en-nft/>

(Besökt 2022-02-27).

Lessard, Bianca, *NFTs, Minting and Copyright: what you should know as an artist*, Renno&Co.

<https://www.rennoco.com/post/nfts-minting-and-copyright-what-you-should-know-as-an-artist>

(Besökt 2022-03-20).

Perot, Emma, *NFT:s copyright foe or friend?*, Westlaw, European Intellectual Property review 2021 (E.I.P.R. 2021, 43(12), 793-799).

[https://1-next-westlaw-com.ludwig.lub.lu.se/Document/I016B7EB0467611ECBDB6E70D4A80EA97/Viaw/FullText.html?transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)](https://1-next-westlaw-com.ludwig.lub.lu.se/Document/I016B7EB0467611ECBDB6E70D4A80EA97/Viaw/FullText.html?transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search))

(Besökt 2022-03-18).

Renman Claesson, Katarina, *Nyfiken på NFT (Non Fungible Token) knuten till din konst*, Konstnärernas Riksorganisation, 17 februari 2022.

<https://www.kro.se/juristen-svarar/nft-checklista/>

(Besökt 2022-03-22).

Shariatmadari, David, *Get your crypto at the ready: NFTs are big in 2021*, Collins Dictionary, 24 november 2021.

<https://blog.collinsdictionary.com/language-lovers/get-your-crypto-at-the-ready-nfts-are-big-in-2021/>

(Besökt 2022-01-29).

Stephen, Bijan, *NFT mania is here, and so are the scammers*, The Verge, 20 mars 2021.

<https://www.theverge.com/2021/3/20/22334527/nft-scams-artists-opensea-rarible-marble-cards-fraud-art>

(Besökt 2022-04-12).

Wallace, Brian, *How to Choose the Best Blockchain for NFT Development*, CommPRO.

<https://www.commpro.biz/how-to-choose-the-best-blockchain-for-nft-development/>

(Besökt 2022-05-21).

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING

EUD

C-306/05 *SGAE mot Rafael Hotel*, EU:C:2006:764.

C-5/08 *Infopaq mot Danske Dagblades Forening*, EU:C:2009:465.

C-403/08 & C-429/08 *Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl. och Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd*, EU:C:2011:631.

C-145/10 *Eva-Maria Painer mot Standard VerlagsGmbH m.fl.*, EU:C:2011:798.

C-435/12 *ACI Adam m.fl. mot Stichting de ThuisKopie*, EU:C:2014:254.

C-466/12 *Nils Svensson m.fl. mot Retriver Sverige AB*, EU:C:2014:76.

C-348/13 *BestWater International GmbH mot Michael Mebes och Stefan Potsch*, EU:C:2014:2315.

C-419/13 *Art & Allposters International BV mot Stichting Pictoright*, EU:C:2015:27.

C-516/13 *Dimensione Direxct Sales srl och Michele Labianca mot Knoll INternational Spa*, EU:C:2015:315.

C-160/15 *GS Media BV mot Sanoma Media Netherlands BV m.fl.*, EU:C:2016:644.

C-610/15 *Stichting Brein mot Ziggo BV och XS4ALL Internet BV*, EU:C:2017:456.

Sverige

NJA 1975 s. 679 *Sveriges flagga*.

NJA 1988 s. 715 *Sjukhusmusik*.

NJA 1989 s. 315 *Evert Taube*.

NJA 1990 s. 499 *Gotlandskartefallet*.

NJA 1995 s. 256 *Nummerbanken*.

NJA 2015 s. 1097 *C-More*.